

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

Introduction générale

Avant-propos

par Gérard COUTURIER, Professeur émérite
de l'Université de Paris-1 – Panthéon-Sorbonne

Toutes les conditions étaient remplies pour que le colloque du 12 décembre 2017, intitulé « *Ordonnances Macron et normes supra-légales* », soit un succès : la qualité de l'accueil et des locaux (le bel amphithéâtre des Archives nationales, à proximité immédiate de l'Université de Paris-8), un programme constitué d'une suite d'interventions au format original de précisément 25 minutes et, naturellement, la direction scientifique méthodique et exigeante du Professeur Dirk Baugard.

Mais le premier mérite de cette rencontre tenait sans doute au thème choisi tel que formulé par les organisateurs, un thème particulièrement opportun, dont l'importance et l'actualité s'imposent avec une évidence qui s'exprime dans le sous-titre : « *Réflexions relatives à la conformité des ordonnances du 22 septembre 2017 aux normes « supérieures »* ». Dans l'ordre des idées, d'une part, il s'agissait donc de nourrir et de prolonger les débats soulevés par la dernière réforme dans ce qu'ils ont de vraiment fondamental : la confrontation des règles nouvelles à d'autres qui leur sont supérieures. Dans le vécu des juristes, d'autre part, c'est au centre des préoccupations actuelles des uns et des autres que se situent effectivement les possibilités (ou les risques, selon les points de vue) de voir nombre de ces règles mises en échec en vertu de normes supérieures.

Pour rendre compte de cet état d'esprit, auquel l'objet de ce colloque a correspondu si bien, je propose de passer, dans cet avant-propos, par trois formules, qui sont caractéristiques.

La contestation de la loi

Le temps de la contestation

Dans le droit du travail tel qu'il se vit à notre époque, il y a, lors de chacune des réformes qui se succèdent, un temps pour la contestation des règles nouvelles. Il fait suite aux débats politiques, à ceux qui ont entouré

l'élaboration des textes. C'est quand la loi est faite qu'on s'interroge sur sa confrontation éventuelle à des normes qui lui sont supérieures, parce que cette confrontation est susceptible d'ouvrir la voie à des contestations efficaces.

Dans d'autres domaines du droit, on sait prendre un temps pour les célébrations ; on célèbre, en particulier, l'anniversaire des lois les plus marquantes. Un exemple récent : un colloque, il y a peu, a été réuni à Versailles sur le thème des lanceurs d'alerte ; il était présenté comme célébrant l'anniversaire de la loi dite *Sapin II* du 9 décembre 2016 (1). En droit du travail, une telle pratique de l'anniversaire ne serait pas possible parce que les lois se succèdent à un rythme tel que, un an après la promulgation d'une réforme, il n'est déjà plus question que de la suivante. Ainsi, lors de l'anniversaire de la loi « Travail » du 8 août 2016, la concertation sur les ordonnances était déjà largement engagée et toute l'attention et les discussions se portaient désormais sur ce nouveau chantier législatif. Cette loi elle-même, au demeurant, avait été promulguée précisément entre l'anniversaire de la loi *Macron* (du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ») et la loi *Rebsamen* » (du 17 août 2015, « relative au dialogue social et à l'emploi »).

Au rythme rapide de ces réformes successives revient, en revanche et de plus en plus évidemment, le temps de la contestation. Pour en fournir une illustration, j'évoquerai volontiers le précédent du colloque du SAF qui a fait suite à la loi « Travail » de 2016, dont le thème exprimait, en particulier, la volonté de trouver des parades aux dispositions contestées de cette loi (2). Lors d'un épisode législatif précédent, un colloque destiné à observer le processus du passage de l'accord national interprofessionnel à la loi, en 2013, comprenait deux contributions majeures consacrées, l'une, aux questions

(1) Colloque organisé au Palais de justice de Versailles le 8 décembre 2017 par le Centre de recherche Léon Duguit sous la direction scientifique du Professeur Yannick Pagnerre.

(2) Colloque de la Commission de droit social du SAF du 3 décembre 2016 : Loi « Travail » : la parer/s'en emparer, v. Dr. Ouvr. n° 825, avril 2017, pp. 209 et s.

de constitutionnalité, l'autre, aux risques d'inconstitutionnalité soulevés par la réforme en cause (3).

Le chemin parcouru

Il faut prendre la mesure de l'évolution fondamentale qu'impliquent de telles possibilités de contestation. Il y a quelques dizaines d'années encore prévalait la tradition séculaire selon laquelle la loi, expression de la volonté générale, ne pouvait être soumise à aucun contrôle de validité, de sorte qu'aucun juge ne pouvait se reconnaître le pouvoir de s'opposer à son application. Depuis, il y a eu la « constitutionnalisation » du droit du travail : elle signifie notamment que « *les normes composant cette branche du droit sont plus intensément que naguère assujetties à l'ensemble des règles de valeur constitutionnelle* » (4). Elle a été évidemment accentuée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant la QPC.

Il y a eu aussi - et même d'abord - le contrôle de conformité aux traités et aux normes internationales et européennes tel qu'il est exercé, conformément au vœu du Conseil constitutionnel (5), par l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire depuis l'arrêt *Jacques Vabre* (6) et par les juridictions administratives depuis l'arrêt *Nicolo* (7).

Désormais, l'attention portée aux normes supra-légales dans leur diversité est celle que manifeste la Cour de cassation, de façon spectaculaire, dans certains visas de ses arrêts de principe où sont cités, après le Préambule de la Constitution de 1946, toutes sortes de textes européens, de droit de l'Union ou du Conseil de l'Europe (8). De tels visas font évidemment apparaître une réelle positivité des normes supra-légales qui tient à la hiérarchie des normes.

La hiérarchie des normes

À l'évidence, la hiérarchie dont il s'agit ici est celle établie par la Constitution entre les sources du droit qu'elle distingue ; elle tient à l'organisation constitutionnelle des sources. Au regard de cette évidence, sont apparus des risques de malentendu tenant à ce

que la hiérarchie des normes serait évoquée à contre-temps, ignorée quand il faudrait la mettre en œuvre, évoquée alors qu'il s'agit d'autre chose, certaines références au « principe de faveur » étant révélatrices de tels malentendus.

Ignorée là où il faudrait la mettre en œuvre :

Au début de la loi « Travail » du 8 août 2016, un chapitre 1^{er} orientait « *vers une refondation du Code du travail* », laquelle devait « *attribuer une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution* ». Mais, précisément, situer la négociation collective en tant que source de règles ne relève-t-il pas essentiellement d'un ordonnancement constitutionnel ?

Naguère, c'est dans ces termes que Louis Favoreu se posait la question. Il s'employait, à juste titre, à trouver la réponse dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il concluait que conventions et accords collectifs étaient à ranger au niveau du règlement et en tirait des conséquences relatives à leur non-rétroactivité (9). Il apparaît que l'approche, au moins, est la bonne si l'on prend la hiérarchie des sources pour ce qu'elle est, en la matière comme en toute autre.

Invoquée là où il s'agit d'autre chose

Une hiérarchie était-elle établie à l'origine, selon laquelle l'accord de branche était supérieur à l'accord d'entreprise et - plus généralement - l'accord conclu pour un champ d'application plus large supérieur à celui conclu pour un champ d'application plus réduit ? Il est au moins certain que cette hiérarchie, suggérée dans les textes, était traditionnellement submergée, pour l'essentiel, par le principe faisant prévaloir la disposition la plus favorable.

Les évolutions importantes qu'a connu le régime de la négociation collective ont fait de plus en plus apparaître l'articulation des niveaux de négociation comme une matière juridiquement (et politiquement) spécifique, donnant lieu à des solutions multiples, diverses, précisées dans les détails. Les enjeux justi-

(3) Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi - Le passage de l'accord à la loi, IRJS Éd., 2013, avec les contributions de J-F. Akandji-Kombé, p. 3, et de Dirk Baugard, p. 27.

(4) A. Jeammaud, Le droit constitutionnel dans les relations du travail, AJDA 1991, p. 612.

(5) Exprimé dans la décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

(6) Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975.

(7) Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989.

(8) On pense naturellement au fameux visa des arrêts sur le forfait en jours (depuis Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 P+B+R+I) : « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2006 88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ».

(9) V. not. Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ?, Dalloz, 1995, chr. 160 et le commentaire de l'arrêt *AGIRC* (Cass. Soc. 23 novembre 1999), Dr. Soc. 2000, p. 337.

fient que ces solutions soient discutées et que des réglages soient périodiquement nécessaires, mais cet élément structurant du régime de la négociation collective ne relève pas de l'ordre de la hiérarchie des normes.

Dans les débats qui ont entouré la loi « Travail » de 2016, une confusion est parfois apparue entre ce qui relèverait d'une hiérarchie des normes mettant vraiment en cause des valeurs fondamentales et ce qui relève de choix empiriques. Lors de la réforme de 2017, on s'est efforcé d'éviter ces confusions en présentant comme acquise la distinction entre hiérarchie des normes et combinaison des accords conclus à des niveaux différents (10).

Un malentendu sur le principe de faveur ?

Ce qui est volontiers dénommé « principe de faveur » est pris ici dans son expression la plus générale, celle consacrée par la Cour de cassation depuis ses arrêts du 17 juillet 1996 (11) : « *Vu le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ».

Ce principe est parfois présenté comme retentissant sur la hiérarchie des normes mise en œuvre en droit du travail et aboutissant à doter ce droit d'une hiérarchie des normes qui lui est propre.

C'est là que se situerait le malentendu. La Cour de cassation présente, à juste titre, le principe comme ayant pour objet la solution d'un conflit de normes. La hiérarchie des normes s'applique aussi pour le règlement de tels conflits, mais, si ce règlement est fondé sur un principe hiérarchique, c'est qu'il fait prévaloir une règle en vertu de l'autorité de sa source. Ce sont les sources du droit qui sont rangées dans un ordre hiérarchique.

Avec le principe de faveur, la règle qui prévaut est déterminée en fonction de son contenu, voire des conséquences de son application ; la source, justement, n'importe pas. Il n'y a donc pas, dans ce mode particulier de règlement, d'ordre hiérarchique entre les normes.

Ce passage par le principe de faveur nous fait ainsi parvenir au firmament des principes.

Le firmament des principes

Des « principes essentiels » ?

S'élever au niveau des principes pourrait être une autre façon d'envisager des « normes supra-légales ». Elle impliquerait que l'on sache toujours ce que l'on entend au juste par principe, de quels principes on parle exactement.

Il est arrivé qu'en novembre 2015, le Premier ministre s'adresse à une personnalité éminente pour lui demander « *de dégager les principes juridiques les plus importants à ses yeux* ». Un comité a été réuni, constitué de juristes d'une compétence et d'une autorité incontestables. En janvier 2016, il a remis un rapport, couramment appelé Rapport *Badinter* et intitulé officiellement « *Les principes essentiels du droit du travail* ». Ainsi, les principes objets de cette mission étaient définis seulement en fonction de leur importance, telle que ressentie par les membres du comité. Celui-ci, au terme de sa mission, les a qualifiés « d'essentiels », ce qui évitait de se référer à une catégorie déjà reconnue.

Cette démarche pouvait surprendre. Il a été rapidement renoncé aux suites législatives initialement prévues. On pouvait lui reprocher de mal tenir compte des expériences acquises, dans lesquelles la reconnaissance des principes s'intègre dans l'activité des juges, et de ne pas tenir compte de ce qu'implique réellement la dimension supra-légale.

Les principes et les juges

Dans la théorie du droit, il est beaucoup question de l'émergence des principes, en particulier en droit privé ou encore en droit du travail. Dans cette perspective, parler des principes, c'est parler des juges, le phénomène étant essentiellement jurisprudentiel.

Le Rapport *Badinter* fait, dès ses premières pages, état de ces jurisprudences : « *La démarche du comité s'est inspirée de celle du Conseil d'État lorsqu'il énonce un principe général du droit ou de la Cour de cassation lorsqu'elle s'appuie sur un principe fondamental* » (12). Il fait ainsi référence, d'un côté, aux arrêts du Conseil d'État qui consacrent des principes généraux du droit (du travail) applicables en tant que tels à tous les salariés, y compris ceux qui sont dans une situation

(10) Citation du rapport à l'Assemblée nationale de Laurent Pietraszewski sur la loi de ratification des ordonnances (rapp. AN n° 369 : « *Loin de constituer une « inversion de la hiérarchie des normes » – comme cela a pu être dit de manière totalement erronée – la refonte opérée conduit à revoir l'ordre conventionnel, et en particulier la place respective des accords de branche et des accords d'entreprise, à l'aune d'une simple interrogation : quel est le niveau le plus adapté, en fonction de la thématique ou du domaine soumis à négociation ? À quel niveau la fixation de la norme est-elle la plus pertinente ? En effet, il n'a jamais été question*

de remettre en cause la hiérarchie des normes : aujourd'hui comme demain, les accords collectifs doivent respecter la Constitution et l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires, ce que l'on appelle communément l'ordre public social ».

(11) Cass. Soc. 17 juillet 1996, n° 95-41.313, *SNCF* et n° 95-41.745, *EDF-GDF service Corse*, Bull. Civ. V, n° 296 et 297, p. 208 et not. Cass. Soc. 9 mars 2011, n° 09-42.808.

(12) Rapport au Premier ministre du Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, introduction, p. 5.

de droit public (13). Il fait aussi référence distinctement à la jurisprudence de la Cour de cassation en relevant l'adjectif « *fondamental* » dont elle fait usage, soit pour qualifier le principe lui-même (comme dans la formulation du principe de faveur citée plus haut), soit pour qualifier la prérogative (droit ou liberté) qui en résulte (14).

Mais ces affirmations de principes par les juges présentent des caractéristiques réellement spécifiques que les travaux d'un comité - qui sont de l'ordre du constat - ne reproduisent pas réellement. « *Le comité a travaillé à droit constant* », selon la formule utilisée par lui-même. La démarche du juge est, certes, déclarative - dans la mesure où il affirme l'existence d'un principe existant antérieurement à cette affirmation, mais elle n'est pas seulement descriptive : en même temps qu'il nomme un principe nouveau, le juge le construit et le caractérise. Dans la décision du juge, au surplus, l'affirmation du principe est immédiatement liée à sa mise en œuvre et s'en trouve finalisée. En définitive, la consécration de principes nouveaux par ces jurisprudences a été un facteur d'évolution du droit que la consécration officielle de principes établis risque de paralyser.

La dimension supra-légale

Les principes essentiels du Rapport *Badinter* incluaient des principes ayant une autorité supra-légale : « *certains des principes dégagés ont une force juridique supérieure à celle de la loi, qu'ils aient valeur constitutionnelle ou qu'ils figurent dans des conventions internationales ou des textes de l'Union européenne ; leur respect s'impose donc au législateur français* ». Mais ils ne se limitaient pas aux principes ayant cette force juridique, d'autres étaient aussi retenus, ceux que le comité « *estimait suffisamment reconnus pour que leur pérennité soit assurée* » (15).

Au firmament des principes, pourtant, la question de la dimension supra-légale est une question première. On serait tenté d'en évoquer de multiples illustrations :

- Les prises de position du Conseil constitutionnel sur le principe de faveur (ou, du moins, l'une de ses

variantes), dont le Conseil d'État rendait récemment compte dans les termes suivants : « *Le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux convention de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 et ne saurait, dès lors, être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946. Ce principe constituant une règle de niveau législatif et non constitutionnel, ...* » (16).

- La distinction de ce qui a valeur constitutionnelle et de ce qui ne l'a pas dans l'ordre de la responsabilité civile, à la lumière, en particulier, de l'importante décision rendue en 2010 sur la QPC relative à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail : « *considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs, ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (17).

La question de la dimension supra-légale du principe de la réparation intégrale du préjudice se pose également au regard de normes internationales ou européennes, mais, à l'évoquer davantage, on sortirait des limites de cet avant-propos : les questions de cet ordre font justement la matière des travaux du colloque dont rend compte ce numéro de Droit Ouvrier.

Gérard Couturier

(13) Principe général selon lequel « *aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse* » (Conseil d'État 8 juin 1973, *Dame Peynet*) ; principe ouvrant droit à un minimum de rémunération, qui ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance (Conseil d'État 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*) ; principe de l'obligation de reclassement (Conseil d'État 2 octobre 2002, *Chambre de commerce de Meurthe et Moselle*) ; principe qui s'oppose à ce qu'un texte réglementaire autorise les dérogations « *in pejus* » (Conseil d'État 27 juillet 2001, *Fédération nationale des transports FO*) ; « *principe de représentativité* » applicable à l'ensemble des relations collectives de travail » (Conseil d'État 11 octobre 2010, *Travailleurs du Rail Sud*).

(14) Il y a des règles du droit du travail - surtout des solutions jurisprudentielles - dont l'application implique une atteinte

portée à une liberté fondamentale. C'est ainsi que la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de juger que le droit à l'emploi (celui prévu au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946) ne constitue pas une liberté fondamentale (Cass. Soc. 21 septembre 2017, n°16-20.270). À vrai dire, le Conseil d'État avait déjà jugé que le droit à l'emploi n'est pas une liberté fondamentale au regard du référé-libertés fondamentales (arrêt *Casanovas* du 28 février 2001).

(15) Rapport préc., introduction, p. 6.

(16) Décision n°415.063 du 16 novembre 2017, rendue en référé sur une requête en suspension de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017.

(17) Décision n°2010-8 QPC du 18 juin 2010, au n°10.