

Article

« La "constitutionnalisation rampante" du droit du travail français »

Antoine Jeammaud

Les Cahiers de droit, vol. 48, n°1-2, 2007, p. 93-119.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043924ar>

DOI: 10.7202/043924ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La « constitutionnalisation rampante » du droit du travail français

Antoine JEAMMAUD*

Le texte de la Constitution française de 1958 ne recèle ni garantie de « droits fondamentaux », ni énoncé normatif traitant en substance du travail salarié. Mais les différentes branches de l'ordre juridique de la République ont été affectées par un processus jurisprudentiel de constitutionnalisation à deux composantes : la mise en évidence d'un « bloc de constitutionnalité » débordant le seul texte de la Constitution et l'affirmation de son emprise sur l'ensemble des rapports juridiques, y compris des rapports privés. Le dessin des bases constitutionnelles du droit du travail est, pour l'essentiel, à porter au crédit du Conseil constitutionnel, dont les décisions manifestent l'incidence complexe de ces normes supérieures sur la législation du travail. Cette autre action des normes constitutionnelles qu'est l'appréhension des relations du travail elles-mêmes apparaît dans des décisions des juridictions judiciaires, en particulier dans des arrêts de la Cour de cassation.

The text of the 1958 French Constitution does not contain any guarantee of « basic rights » nor any normative statement essentially addressing the issue of salaried labour. Nonetheless, various branches the Republic's legal apparatus have been influenced by a jurisprudential process of dual-component constitutionalization : Emphasis on a « unity of constitutional issues » extending beyond the sole wording of the Constitution and the assertion of the unity's influence on all, including private, legal relationships. The organization of the constitutional foundations of

* Professeur, Université Lumière Lyon 2 (Institut d'études du travail de Lyon).

Labour Law may mainly be attributed to the Constitutional Council whose decisions illustrate the complex impact of these overriding standards on labour legislation. Another such manifestation of constitutional standards is found in the depicting of labour relations per se as may be found in court of justice rulings, especially in final decisions handed down by the Court of Cassation.

	<i>Pages</i>
1 L'affirmation des bases constitutionnelles du droit du travail	98
1.1 L'identification d'un « bloc de constitutionnalité ».....	99
1.2 L'action des normes constitutionnelles sur la législation du travail.....	102
2 La soumission des relations du travail aux normes constitutionnelles	109
2.1 La référence des juges du travail à la Constitution.....	110
2.2 Entre audace et réticence.....	115

À lire la Constitution du 4 octobre 1958, fondant la Cinquième République, le régime des relations du travail salarié est modérément tributaire de ses dispositions. De cette branche de l'ordre juridique étatique il n'est question qu'à l'article 34. Délimitant et limitant la compétence du Parlement, ce texte réserve à « la loi » (par opposition aux règlements émanant du gouvernement) la détermination des « principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Hors cet aspect de compétence normatrice, le texte constitutionnel ne paraît pas avoir vocation à influencer le droit social. À la différence des constitutions d'autres pays de l'Union européenne (à commencer par l'Allemagne, avec la Loi fondamentale de 1949), il ne contient pas de dispositions garantissant des « droits fondamentaux », et ne fait place à aucune énonciation de « principes fondamentaux » touchant aux « relations économiques » (à la manière de la Constitution italienne de 1947) ou consacrant des « droits et libertés » pouvant concerner directement le travail salarié (comme les constitutions grecque, de 1975, ou espagnole de 1978), quand il ne s'agit pas de « droits, libertés et garanties des travailleurs » (comme la Constitution portugaise de 1976).

Pour autant, la *constitutionnalisation* du droit du travail n'est pas, en Europe occidentale, un phénomène propre aux ordres juridiques édifiés sur les ruines de régimes dictatoriaux. Mais, au lieu de se manifester ostensiblement, dans la lettre même de la Constitution — de se trouver au principe d'un ordre juridique étatique nouveau ou d'advenir à travers des amendements successifs du texte constitutionnel —, elle peut être le fruit d'un processus plus lent et diffus. D'un processus animé par des interactions d'acteurs sociaux ou institutionnels autour d'une sollicitation de dispositions à la valeur constitutionnelle ou à la portée d'abord incertaines et discutées, c'est-à-dire par voie essentiellement jurisprudentielle. Ainsi en va-t-il en France, où l'on peut parler de constitutionnalisation *rampante*.

Il est admis que l'ordre juridique de la République a connu, à partir des années 70, un processus de constitutionnalisation, identifiable dans différentes branches : droit civil, droit pénal, droit du travail, droit fiscal, etc.¹. L'opinion est à ce point unanime qu'on se soucie peu de préciser le concept même de *constitutionnalisation*. Nous dirons que ce terme désigne, dans l'expérience française, *un accroissement du poids des normes constitutionnelles investies d'une teneur plus riche ou dotées d'une incidence plus directe à l'égard de diverses catégories de relations juridiques, en ce sens qu'elles exercent une plus grande emprise sur ces relations elles-mêmes comme sur la production normative s'y rapportant*. Aussi est-il désormais inconcevable de ne pas ouvrir un exposé des sources dites « formelles² » du droit du travail par l'évocation de ce poids des normes constitutionnelles³, qui participent à l'ordonnancement des relations du travail⁴ d'une manière qu'on n'imaginait guère en 1958.

La montée en puissance de ces normes de rang supérieur a d'abord tenu à leur densification par mise en évidence d'un *bloc de constitutionnalité* débordant amplement le seul texte de la Constitution pour regrouper

-
1. Voir notamment les deux études suivantes : L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit », dans *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982, p. 235 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, p. 25. Plus généralement et pour des références bibliographiques, voir L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n^{os} 361 et suiv., n^{os} 489-490.
 2. « Sources formelles » au sens attribué à cette expression par : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 4.
 3. J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2006, n^{os} 51 et suiv. ; B. MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1992.
 4. A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », (1998) 38 *Recueil Dalloz* 359.

autour de ce dernier la Déclaration des droits de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. L'opération est passée par la reconnaissance d'une signification normative à des énoncés dont la « valeur juridique » était discutée. Dans le dessin de ce bloc de constitutionnalité⁵, donc dans le processus de constitutionnalisation, le rôle majeur a été joué par le Conseil constitutionnel. Mais ce dernier n'aurait guère eu d'occasions de manifester quelque audace dans l'interprétation des énoncés en cause s'il n'avait pu être saisi plus largement que selon les prévisions du texte de 1958. Au demeurant, la Constitution ne traite pas ouvertement cet organe — composé de neuf membres⁶ — comme une juridiction. Les articles 56 et suivants disposent qu'il « veille à la régularité de l'élection du Président de la République » et « examine les réclamations » éventuelles avant de proclamer les résultats, qu'il « statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs », qu'il « veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats », et qu'il se prononce sur la conformité à la Constitution de certains actes de législation qui doivent (pour les lois organiques) ou peuvent (pour les lois ordinaires) être soumis à son contrôle après leur adoption par le Parlement et avant leur promulgation par le chef de l'État. L'ampleur de cette dernière mission est tributaire des articles 34 à 51 relatifs aux rapports entre le Parlement et le gouvernement, aménagés en 1958 dans un sens plus favorable au second qu'il n'était d'usage dans la tradition républicaine, puisque les matières autres que celles placées dans le domaine de la compétence parlementaire par l'article 34 ont « un caractère réglementaire » (article 37) et relèvent de décrets pris par le gouvernement après avis du Conseil d'État⁷. Ainsi est-il courant de dire que

5. Sur la composition de ce bloc de constitutionnalité, voir : L. FAVOREU et autres, *op. cit.*, note 1, n^{os} 66 et suiv.

6. Chaque membre est nommé pour neuf ans. Trois le sont par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale et trois par le président du Sénat. Les anciens présidents de la République sont membres de droit (mais seul V. Giscard d'Estaing a choisi de siéger et ne l'a fait que récemment). Le président est nommé par le chef de l'État. Les neuf « sages » ne sont pas nécessairement juristes de formation. Un seul professeur de droit a présidé le Conseil (de 1986 à 1995) : Robert Badinter, dont la notoriété était surtout celle d'un ancien ministre de la Justice, artisan de l'abolition de la peine de mort. Le président dont le mandat s'achève à l'heure où ces lignes sont écrites est un magistrat judiciaire entré depuis longtemps dans la vie politique, proche du président J. Chirac, et ancien président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Son successeur désigné, également magistrat de profession, est aussi un ancien député et ministre « chiraquien », en dernier lieu président de l'Assemblée nationale.

7. Des textes issus de lois antérieures à 1958 dans des matières dont le Parlement ne peut désormais que déterminer « les principes fondamentaux » peuvent donc être modifiés par des décrets pris en vertu de l'article 37. La construction des codifications contemporaines, qui sont de simples consolidations de textes en vigueur, reflète la répartition des compétences opérée en 1958 : articles numérotés « L » (dispositions créées ou modifiées

le Conseil connaît de divers « contentieux⁸ », car l'on parle désormais d'un « contentieux constitutionnel » et du Conseil comme d'une juridiction.

Celle-ci n'illustre pas, cependant, le « modèle européen de justice constitutionnelle », puisque ses attributions et sa saisine restent limitées. La constitutionnalité de dispositions législatives nouvellement adoptées ne peut être contestée devant lui que pendant le délai de promulgation de la loi (quinze jours suivant la transmission du texte définitivement voté au président de la République), et seulement par un nombre restreint de personnes : le président de la République lui-même, le premier ministre, le président de l'une ou l'autre des assemblées parlementaires et, depuis une réforme constitutionnelle de 1974 (voulue par le président Giscard d'Estaing), 60 députés ou 60 sénateurs. À l'occasion du bicentenaire de la Révolution de 1789, le président Mitterrand avait proposé une révision de la Constitution afin de permettre à tout justiciable de soulever l'« exception d'inconstitutionnalité » d'une disposition législative dans le cadre d'un procès devant toute juridiction judiciaire ou administrative. Ce projet n'a pas abouti. Mais grâce à la relative banalisation de sa saisine par les parlementaires minoritaires après l'adoption d'une loi à laquelle ils ont en vain tenté de s'opposer sur le terrain politique, le Conseil a œuvré à un enrichissement de ce qu'il nomme « les principes et règles de valeur constitutionnelle ». C'est-à-dire de normes qui président à la production législative comme à l'activité réglementaire du gouvernement, puisque la légalité s'imposant à tout décret ou arrêté comprend d'abord l'ensemble des normes constitutionnelles.

Les décisions du Conseil constitutionnel, qui « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (article 62, alinéa 2 de la Constitution), sont ainsi le principal lieu de révélation et précision du bloc de constitutionnalité. C'est dans la jurisprudence naissant de ces décisions que se découvrent les bases constitutionnelles du droit du travail⁹, dont l'affirmation est la dimension la plus manifeste du processus de constitutionnalisation (1). Pourtant, ces normes ne se bornent

par des lois ou des ordonnances ratifiées, et abrogeables ou modifiables par des actes de même rang), articles « R » (dispositions procédant de décrets en Conseil d'État), articles « D » (dispositions de « décrets simples », pris par l'exécutif pour l'application des textes de rang supérieur). La recodification en cours (au titre d'une « simplification » du droit) ne modifiera pas cette structure. Voir : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n^{os} 57 et suiv.

8. L. FAVOREU et autres, *op. cit.*, note 1, n^{os} 406 et suiv.

9. X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », (1991) 3 *Droit social* 187. Voir également : V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

pas à peser sur la production normative infraconstitutionnelle, bien que les constitutionnalistes français paraissent seulement songer, lorsqu'ils évoquent la constitutionnalisation des branches du droit, au déploiement de la jurisprudence du Conseil. Les composantes du bloc de constitutionnalité exercent une seconde forme d'action normative : elles appréhendent directement les relations du travail, dans la mesure de la pertinence que son objet assure à chacune d'elles. Des arrêts de la Cour de cassation en témoignent, qu'il convient de considérer pour prendre l'exacte mesure de la constitutionnalisation affectant les divers secteurs du droit¹⁰ (2).

1 L'affirmation des bases constitutionnelles du droit du travail

Le Conseil constitutionnel est *le seul juge* de la constitutionnalité de dispositions législatives. Le texte constitutionnel, s'il prévoit sa saisine à cette fin, ne lui attribue pourtant pas le monopole d'un tel contrôle. Mais la Cour de cassation et le Conseil d'État n'ont pas permis aux juridictions judiciaires et administratives d'apprécier cette qualité à l'occasion des litiges dont elles sont saisies en raison de leur compétence et d'écarter l'application de dispositions législatives qu'elles jugeraient contraires à une norme constitutionnelle. De plus, nous l'avons déjà souligné, seules les dispositions d'une loi votée par le Parlement mais non encore promulguée peuvent être déférées à la censure du Conseil et seulement par quelques requérants qualifiés, aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité¹¹, une disposition déclarée inconstitutionnelle ne pouvant « être promulguée ou mise en application » (article 62 de la Constitution). L'éventuel obstacle à l'accès à la validité résidera dans le méconnaissance d'une ou plusieurs normes du bloc de constitutionnalité, dont les contours ont été progressivement dessinés par le Conseil. Ainsi, même si la France ne s'est pas donnée d'instruments de valeur constitutionnelle ou « quasi constitutionnelle » analogues à la Charte canadienne des droits et libertés ou à la Charte des droits et libertés de la personne, le corps des « principes et règles de valeur constitutionnelle » déborde le texte de la Constitution proprement dite (1.1). Or, cohabitent dans cet ensemble des normes qui peuvent être sollicitées

10. A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », (1991) *AJDA* 612 ; A. JEAMMAUD, « El derecho constitucional en las relaciones de trabajo en Francia », dans *Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, p. 79.

11. La Constitution parle plutôt de « non-conformité ». Pourtant, la constitutionnalité d'un texte législatif requiert la conformité de son adoption aux règles de compétence et de procédure, mais seulement, pour ce qui est de sa teneur normative, sa conformité ou sa non-contrariété (compatibilité) aux normes constitutionnelles.

dans des sens opposés, ce qui limite et rend assez complexe leur *action sur la législation du travail* (1.2).

1.1 L'identification d'un « bloc de constitutionnalité »

À la différence d'autres constitutions, nous l'avons signalé, la Constitution française traite essentiellement de l'organisation des pouvoirs publics, de la répartition des compétences entre eux, et recèle bien peu de dispositions substantielles sur les droits et libertés des citoyens. Signalons toutefois que son article premier fait de la France « une République indivisible, laïque, démocratique et *sociale* », ce qui ne peut demeurer sans incidence sur la validité ou l'interprétation du droit de cette république, et le cas échéant de certaines de ses règles concernant les relations du travail.

Le régime de ces relations est surtout affecté par l'article 34 qui place le droit du travail et le droit syndical parmi les segments de l'ordre juridique dont la loi détermine (doit se borner à déterminer) les « principes fondamentaux ». Cette dernière expression souffre de la polysémie du terme « principe », qu'accroît aujourd'hui son usage inconsideré dans le langage du droit et des juristes¹². Dans l'un de ses sens et dans le langage de la théorie du droit, ce terme nomme une catégorie (sans doute plurielle) de règles de droit ou normes juridiques¹³. Mais, dans l'article 34, l'expression « principes fondamentaux » désigne plutôt un *objet de règles* positives ou éventuelles, une *matière normative*, à savoir le régime de base d'une

12. J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n° 50; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », (1982) 9-10 *Droit social* 618.

13. Sans évoquer exhaustivement les diverses significations que le terme « principe » revêt objectivement dans le discours du droit et des juristes (français), signalons qu'il désigne parfois une *norme juridique* dotée d'une efficacité propre (qui se manifeste au plus haut point lorsqu'elle suffit à fonder la solution d'une question de droit en fournissant la majeure d'un « syllogisme juridictionnel »), parfois une *simple tendance* ou *ligne de force* du droit positif ou d'une de ses branches (sens dans lequel F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, n°s I-101 et suiv., parlent de « principes », « généraux » ou « fondamentaux »; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 2, p. 5, évoquent, dans un sens proche, les « principes généraux » qui sous-tendent le droit du travail), et qu'il est dans d'autres cas *simple synonyme de « critère »* (par exemple, dans l'expression « principe de proportionnalité »). Les principes au premier sens constituent, selon nous, des règles de droit (sur le fondement théorique de cette analyse, voir notre étude: A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », (1990) *Recueil Dalloz* 199, n° 15), mais une certaine tendance se manifeste à distinguer « principes » et « règles », au moins en raison d'une différence de degré de généralité. Cette distinction est implicitement reçue par le Conseil constitutionnel, qui parle des « principes et règles de valeur constitutionnelle ». Il serait en tout cas préférable d'enrichir la terminologie pour en faire la distinction de deux espèces du genre « normes ».

institution (par exemple, le syndicalisme ou le comité d'entreprise), d'un acte (le licenciement, par exemple), d'un dispositif (comme le traitement d'un projet de licenciement pour motif économique), etc. Dans la pratique des pouvoirs publics, toutefois, la matière législative ainsi circonscrite est largement entendue. Les textes législatifs vont assez loin dans le détail, et les dispositions de ce rang logées dans le *Code du travail* sont loin, pour la plupart, de présenter le degré de généralité, le caractère authentiquement fondamental et l'étroite relation avec des valeurs éthico-politiques, qu'évoque le terme même de « principe ». Parmi les dispositions que créent ou modifient les lois votées par le Parlement, certaines portent des « règles de principe » — sans avoir toutes, tant s'en faut, statut de « principes » —, mais d'autres valent « règles d'exception » par rapport aux premières. Du reste, rare est la contestation de la constitutionnalité de dispositions législatives au motif qu'elles traiteraient d'un objet étranger au domaine délimité par l'article 34 et empiéteraient ainsi sur le domaine réglementaire de l'article 37.

Cet article 34 a cependant acquis, depuis quelques années, une portée inattendue, puisque le Conseil constitutionnel a déduit de sa lettre (« la loi *détermine* ») des exigences nouvelles affectant l'activité législative. Ainsi considère-t-il que, le texte conférant compétence et pouvoir au Parlement, celui-ci est à la fois habilité à faire des choix législatifs et tenu de les opérer, et doit les effectuer en adoptant des dispositions suffisamment précises (qui, à défaut, pourraient être déclarées inconstitutionnelles pour motif d'« incompétence négative » du Parlement). Considérant aussi que le législateur doit « respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que leur respect soit aussi assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi », le Conseil estime que « le *principe de clarté de la loi*, qui découle de l'article 34 [...] et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques », afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire¹⁴. L'exigence ainsi dégagée — qui n'est pas de

14. Cette interprétation très constructive de l'article 34, par rapprochement avec certains articles de la Déclaration (art. 4: « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »; art. 5: « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société, et tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas », etc.) a été rappelée par trois décisions du Conseil intéressant le droit du travail (en 2002, 2004 et 2005), qui ont toutefois écarté les critiques dirigées à cet égard contre les textes objets de recours.

simple procédure¹⁵ — dénote une certaine naïveté quant à la possibilité de produire des énoncés législatifs exempts d'équivoque, alors que les juristes admettent plus volontiers, aujourd'hui, que les énoncés en langage du droit sont radicalement exposés à l'interprétation (dès lors qu'ils sont confrontés à des situations concrètes et à des contextes de conflit d'intérêts). Mais retenons surtout que la fameuse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, adoptée le 16 août 1789 par « les représentants du peuple français constitués en Assemblée nationale », apparaît ainsi comme l'une des composantes du niveau constitutionnel de l'ordre juridique de la République.

En effet, le Conseil a donné consistance et poids à des normes constitutionnelles extérieures aux articles de la Constitution de 1958, à partir du moment où il a choisi d'exercer un véritable contrôle de la teneur des lois. C'est que la Déclaration de 1789 a été réactivée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (le peuple français « réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 »). Après la fin de la courte Quatrième République, le Préambule de la Constitution de 1958 s'ouvre à son tour par une nouvelle proclamation de l'attachement du peuple français « aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Et le débat sur la « valeur juridique » de la Déclaration et du Préambule de 1946 allait tourner à l'avantage de la thèse reconnaissant signification normative aux dispositions de la première comme à la plupart des énoncés du second. Le bloc de constitutionnalité comprend ainsi : le texte de la Constitution, la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 (auxquels il faut ajouter, depuis une loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, la *Charte de l'environnement* adoptée en 2004). De cet ensemble, le Préambule de 1946 reste l'élément le plus apte à influencer la production normative dans le domaine des relations du travail comme dans les autres secteurs du droit. D'abord parce qu'il proclame l'attachement aux « principes reconnus par les lois de la République » qu'il a ainsi pour effet de constitutionnaliser¹⁶,

15. Les règles constitutionnelles de procédure présidant à la discussion et à l'adoption des lois jouent évidemment un rôle dans la définition et le contrôle de la constitutionnalité de ces textes. Sur ce plan aussi, le Conseil constitutionnel a fait œuvre d'interprétation, par exemple en censurant les dispositions introduites par voie d'amendement et dépourvues de tout lien avec l'objet du projet ou de la proposition de loi initialement soumis au Parlement.

16. Le Conseil a amorcé sa transformation en véritable juridiction constitutionnelle avec une décision de 1971 dans laquelle il a déclaré inconstitutionnelles des dispositions d'une loi (votée à l'initiative de l'exécutif) en raison de sa contrariété au principe de

ensuite parce qu'il « proclame [...] comme particulièrement nécessaires à notre temps » quelques « *principes politiques, économiques et sociaux* » formulés dans une douzaine d'alinéas subséquents. Mais certains des dix-sept articles de la Déclaration de 1789 sont de nature à peser dans une autre direction.

1.2 L'action des normes constitutionnelles sur la législation du travail

Ainsi le droit constitutionnel français recèle-t-il des dispositions telles que : « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » (alinéa 3 du Préambule de 1946), « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi » (alinéa 5), « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, ses opinions, ses croyances » (même alinéa), « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » (alinéa 6), « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » (alinéa 7), « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (alinéa 8). Le principe de liberté du travail appartient également à cet échelon normatif, à la fois parce qu'il est présupposé par le droit d'obtenir un emploi et parce qu'il a statut de « principe reconnu par les lois de la République » (et assimilées) : cette liberté a été consacrée, sous un régime encore monarchique certes, mais par une loi de l'Assemblée constituante pendant la période révolutionnaire (1791) et paraît impliquée par l'article 1780 du Code civil adopté sous le régime (républicain) du Consulat¹⁷.

On trouve référence à l'un ou l'autre de ces principes dans la plupart des décisions du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail, que ces normes aient été sollicitées par le ou les auteurs de la saisine (une soixantaine de députés ou de sénateurs requérants, dans la plupart des cas) ou convoquées par le Conseil lui-même, qui a pouvoir d'identifier les normes pertinentes pour apprécier la constitutionnalité des dispositions critiquées. Si les conditions restrictives de sa saisine limitent le nombre des décisions rendues par ce juge singulier, la cohorte de celles touchant au droit du travail n'est pas négligeable : un peu plus d'une quarantaine à ce jour, dont la plupart ont conclu à la conformité (ou non-contrariété) à la Constitution des dispositions déferées à sa censure. Mais celles qui rejettent

liberté d'association, consacré par une loi de 1901 et dans lequel il a reconnu, c'était une première, l'un de ces principes.

17. J. PÉLISSIER, « La liberté du travail », (1990) 1 *Droit social* 19. La disposition emblématique de cet article 1780 (« On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée ») a été reprise dans le premier *Code du travail*, en 1910, avant de l'être dans le Code de 1973.

le recours ne sont pas sans intérêt, puisqu'elles contribuent également à la formation de la jurisprudence constitutionnelle. Par ailleurs, toutes les décisions du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics, aux autorités administratives et juridictionnelles, dans leur dispositif (la décision proprement dite) mais aussi dans les motifs qui constituent le soutien nécessaire de ce dispositif, et ces motifs contiennent parfois des « réserves d'interprétation » ou directives d'application dont le Conseil assortit le rejet d'un grief d'inconstitutionnalité¹⁸.

Si l'on s'attache à la teneur de ses décisions, le juge constitutionnel est parfois conduit à évaluer la disposition législative critiquée au regard d'exigences antinomiques découlant de différentes normes constitutionnelles qui peuvent, en raison de leur haut degré de généralité, s'avérer également pertinentes (« applicables ») pour apprécier une disposition législative, mais fonder des appréciations divergentes. En présence d'un tel conflit ponctuel entre normes par ailleurs compatibles (non opposées), il y a lieu de déterminer si le sacrifice des requêtes de l'une d'elles est acceptable ou disproportionné, ou de rechercher si le législateur a opéré, en adoptant la disposition contestée, entre les normes constitutionnelles concurrentes, une « conciliation » exempte d'« erreur manifeste ». Ainsi que le souligne le Conseil, le législateur est tenu de respecter « les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés », parmi lesquels figurent notamment « la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer » ; ou encore qu'il incombe à ce législateur « d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties »¹⁹. Il faut donc faire la part des droits sociaux et des prérogatives de facture plus classique qui peuvent borner leur exercice. Ainsi avait-on

18. Le Conseil précise alors que le texte critiqué n'est compatible avec la norme constitutionnelle qu'à la condition d'être interprété ou complété d'une certaine manière. Par exemple, une décision de 1989 avait subordonné la constitutionnalité d'un texte habilitant tout syndicat représentatif à exercer toute action en justice au nom et pour le compte d'un salarié licencié pour motif économique (texte contesté pour violation de la liberté syndicale, qui implique la liberté pour quiconque de se tenir à l'écart de tout syndicat) à l'obligation faite au syndicat d'avertir le salarié avant de saisir un tribunal et à la faculté, pour l'intéressé, de s'opposer à cette initiative de l'organisation. Cette réserve a entraîné l'adoption immédiate d'un décret précisant les modalités de l'initiative du syndicat, puis l'imposition législative de modalités analogues pour tous les autres cas où une disposition légale habilite un syndicat à exercer cette « action de substitution » dérogatoire au droit commun de la procédure (voir : J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n° 580).

19. Cela impose, par exemple, de concilier les principes consacrant le « droit d'obtenir un emploi » et le droit pour tout travailleur à la participation, d'une part, avec la liberté

pu déceler, dans la jurisprudence du Conseil, une *inspiration libérale*, privilégiant les normes de la Déclaration de 1789 (libertés individuelles, égalité devant la loi et les charges publiques), et une *orientation sociale*, plus sensible au Préambule de 1946²⁰. L'interprétation est aujourd'hui *moins claire*, car l'indétermination de la teneur et des implications du principe d'égalité comme de l'affirmation d'un «droit à l'emploi», mais aussi la retenue du juge constitutionnel face aux choix des représentants élus de la Nation, ont pour conséquence que *ces normes fondent des appréciations juridictionnelles parfois peu prévisibles, sinon paradoxales*.

Certes, le Conseil a confirmé la *positivité* et la *valeur constitutionnelle*, souligné la portée et marqué certaines limites, et parfois admis une certaine restriction législative, de normes garantissant la *liberté syndicale* dans sa dimension tant individuelle («Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale») que collective (lorsque le Conseil parle du «droit syndical») ²¹, ou le *droit de grève*²². Il a également fait produire effet au droit à la participation («Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués»), qui fonde et garantit l'existence de représentations du personnel dans l'entreprise²³, justifie que pour sa mise en œuvre des limitations proportionnées soient apportées à la liberté d'entreprendre²⁴ et recouvre aussi un *droit à la négociation collective*²⁵. La plus récente décision du Conseil est assez spectaculaire à cet égard, puisqu'elle censure pour violation de cet alinéa 8 du Préambule de 1946 des dispositions législatives excluant du calcul de l'effectif de l'entreprise les salariés qui travaillent dans son périmètre en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service, et limitant le corps électoral pour l'élection des délégués du personnel et du comité d'entreprise aux seuls salariés liés par contrat de

d'entreprendre d'autre part (voir: X. PRÉTOT, «Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale», (2002) 3 *Droit social* 244).

20. G. LYON-CAEN, «La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail», (1989) *Recueil Dalloz* 289; A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 10, 613 et suiv.
21. Décisions de 1983 et de 1989.
22. Les difficultés se concentrent autour des conditions de sa «réglementation» (réservée à la loi), qui peut être fondée sur d'autres normes de valeur constitutionnelle (continuité du service public, protection de la santé et de la sécurité des populations, sauvegarde de l'intérêt général). Voir: Cons. constit., 25 juill. 1979, *Les grands arrêts du droit du travail*, par J. PÉLISSIER et autres, Paris, Dalloz, 2004, n° 177.
23. Cons. constit., 16 déc. 1993, *Droit social* 1994, p. 139, note X. Prétot.
24. Décision de janvier 2002.
25. Décisions de 1989, 1993, 2004. La liberté syndicale doit être conciliée avec ce droit à la négociation, de sorte que les syndicats n'ont pas le monopole de la représentation en matière de négociation collective (Cons. constit., 6 nov. 1996, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 151).

travail à l'employeur²⁶. Enfin, que le Préambule de 1946 érige en principe *la protection de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs* n'est pas, non plus, resté sans conséquence²⁷.

Il faut, dans la même colonne de ce bilan, mentionner la portée reconnue par le Conseil à l'alinéa du même instrument aux termes duquel « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi », dont les juristes persistent en majorité à penser qu'il ne peut consacrer un véritable droit à l'emploi. C'est pourtant par référence à cet énoncé que le Conseil a jugé valides des dispositions législatives visant à décourager le cumul d'une pension de retraite et d'un salaire, dès lors qu'elles paraissaient propres à « assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi²⁸ », puisqu'il a affirmé que cette « exigence constitutionnelle » fondait le législateur à apporter certaines limitations à la liberté d'entreprendre²⁹, après s'être également référé à cette disposition à propos des « lois 35 heures » de 1998 et 2000³⁰. Si la consistance de ce que serait un authentique droit subjectif à l'emploi (« droit-créance ») reste douteuse, le Conseil reconnaît donc à l'alinéa 5 du Préambule de 1946 signification de norme, puisqu'il s'y réfère pour trancher une question de droit et fait de la diffusion maximale de la chance d'obtenir ou de conserver un emploi une « exigence » à l'aune de laquelle il apprécie la constitutionnalité de dispositions légales. Une constitutionnalité que cette règle est apte à assurer, dans certaines circonstances, à des textes contestés au nom de la liberté du travail ou de la liberté d'entreprendre. Nul doute que la même disposition de l'alinéa 5 rendrait inconstitutionnelle une loi qui prétendrait abroger les dispositions instituant un service public de l'emploi, tandis que l'énoncé « chacun a le devoir de travailler » compromettrait aussi sûrement une réforme législative supprimant la condition d'accomplissement d'actes de recherche d'emploi

26. Décision du 28 décembre 2006 ; Voir A. LYON-CAEN, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *Revue de droit du travail* 2007, p. 84. Les dispositions censurées visaient à « briser » une interprétation de la Cour de cassation.

27. Décision de 2004.

28. Cons. constit. 5 janv. 1982, *Rec. Cons. constit.*, p. 15 ; Cons. constit. 28 mai 1983, *AJDA*, p. 619 ; Cons. constit. 16 janv. 1986, *Droit social* 1986, p. 372, note Y. Gaudemet.

29. Décision du 12 janvier 2002 relative à la « loi de modernisation sociale ». Selon la formule d'une décision de janvier 2005 relative à une loi votée à l'initiative du gouvernement Raffarin, « pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, le législateur peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

30. Décisions de 1998 et du 13 janvier 2000. Voir : X. PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures », (2000) *Droit social* 257.

à laquelle le *Code du travail* subordonne le bénéfice des allocations d'assurance chômage.

Pendant, le degré de généralité de la norme signifiée par cet alinéa 5 rend assez imprévisibles les conséquences de sa mise en œuvre dans le raisonnement du juge constitutionnel, et lui donne une souplesse qui confine à la réversibilité. L'épisode du « contrat première embauche », qui a occupé le devant de la scène politico-sociale française au début de l'année 2006, a permis de le vérifier. Mobilisé par les parlementaires de l'opposition de gauche pour dénoncer l'inconstitutionnalité des dispositions créant, pour les jeunes de moins de 26 ans, un type de contrat soustrait pendant les deux premières années au droit commun du licenciement (notamment à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse)—donc accusées de lui porter une atteinte disproportionnée—, le droit à l'emploi a été « retourné » par le Conseil. Pour celui-ci, il appartient 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 et, le cas échéant, en s'efforçant de remédier à la précarité de l'emploi ». Aussi les dispositions critiquées échappent-elles à la censure dès lors que leur finalité affichée est bien de faciliter l'insertion professionnelle des jeunes, parce que le Conseil « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » et vérifie seulement que les modalités retenues par ce dernier ne sont pas « manifestement inappropriées »³¹.

Nul doute, par ailleurs, que les normes constitutionnelles « sociales » ont subi, dans certaines décisions du Conseil, l'impact de la garantie de l'égalité civile et des libertés individuelles classiques. Le *principe d'égalité*, qui trouve une base dans l'article premier de la Constitution de 1958 (la République française « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, race ou religion ») et diverses dispositions de la Déclaration de 1789 (à commencer par son article premier aux accents jusnaturalistes : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »), est souvent engagé dans le débat sur la constitutionnalité d'une loi. En raison de sa teneur aussi floue qu'idéologiquement forte³², il est mobilisé avec un relatif succès au service d'argumentations variées, c'est-à-dire par des requérants qui reprochent à une loi son caractère trop dirigiste ou trop « social », mais aussi par des élus de gauche contestant un texte adopté par une majorité de droite. Le Conseil estime toutefois, selon une formule désormais classique, que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni

31. Décision du 30 mars 2006, *Droit social* 2006, p. 494, note X. Prétot.

32. A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », (1990) *Droit social* 68.

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». Aussi la violation de ce principe est-elle assez rarement caractérisée³³.

La *liberté d'entreprendre* figure également au nombre des « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés » par la Constitution³⁴. Elle inclut, pour l'employeur, un pouvoir de « choisir ses collaborateurs », qui peut toutefois subir des restrictions mesurées³⁵. D'ailleurs, le Conseil ne la déduit plus, aujourd'hui, de la propriété proclamée « inviolable et sacrée » par l'article 17 de la Déclaration de 1789, mais de l'article 4 de ce même instrument (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »). Surtout, il juge que le législateur peut apporter à cette liberté « les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ». Cette condition lui a paru satisfaite par des dispositions légales visant à réduire la durée du travail afin d'ouvrir au plus grand nombre le bénéfice du droit d'obtenir un

33. Voir cependant : Cons. constit. 22 oct. 1982, *Recueil Dalloz* 1983, p. 189, note F. Luchaire (la limitation des cas de responsabilité civile de salariés, délégués ou syndicats en raison des dommages liés à un mouvement de grève méconnaît l'égalité devant la loi entre victimes d'actes fautifs dommageables). Dans la période récente, le grief de violation du principe d'égalité, volontiers dirigé par des requérants issus de l'opposition parlementaire de gauche contre des dispositions à leurs yeux « antisociales », a convaincu le Conseil dans un seul cas : pour censurer des dispositions imposant le respect de proportions déterminées entre femmes et hommes au sein des conseils des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux élections des conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique (décision du 16 mars 2006, sur la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes). La violation du principe d'égalité imputée à ce type de « mesures positives » en forme de quotas réside dans le choix « de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ». Analyse très discutée, on l'imagine (voir : A. JUNTER et M.-T. LANQUETIN, « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? Controverse », (2006) 1 *Revue de droit du travail* 72).

34. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », (2007) 1 *Revue de droit du travail* 19, observe que « les libertés économiques et, parmi elles, la liberté d'entreprendre gagnent en importance dans les ordres juridiques contemporains, à travers notamment les décisions des juridictions nationales et européennes, et qu'il est pourtant difficile de comprendre comment une liberté économique peut accéder au rang de droit fondamental ».

35. Cons. constit. 20 juill. 1988, *Droit social* 1988, p. 755, note X. Prétot (la réintégration, prévue par une loi d'amnistie, des salariés investis de fonctions représentatives et licenciés pour motif disciplinaire autre qu'une faute lourde est jugée compatible avec les normes constitutionnelles, mais non celle de « salariés protégés » licenciés pour faute lourde).

emploi, mais aussi à respecter l'alinéa du Préambule de 1946 énonçant que la nation «garantit à tous [...] le repos et les loisirs³⁶». En revanche, appelé à se prononcer sur une nouvelle disposition tendant à limiter la faculté de prononcer un licenciement pour motif économique au cas dans lequel la pérennité même de l'entreprise se trouve compromise, le Conseil a estimé que le «cumul de contraintes» ainsi imposées aux employeurs portait à la liberté d'entreprendre une «atteinte manifestement excessive» au regard de l'objectif du maintien de l'emploi impliqué par l'alinéa 5 du Préambule de 1946³⁷.

Enfin, sans aller jusqu'à voir dans le principe de liberté contractuelle, y compris de «liberté contractuelle des partenaires sociaux», une norme de valeur constitutionnelle, le Conseil estime que «le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des art. 4 et 16 de la Déclaration [...], ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du préambule [...] de 1946³⁸».

Au total, la pression exercée sur la législation par le bloc de normes suprêmes identifiées, interprétées et combinées par le Conseil constitutionnel, reste *modérée*. Si ces normes pèsent sans doute sur l'élaboration des projets ou propositions de lois, puis dans leur discussion par les députés et sénateurs, *elles compromettent assez rarement les dispositions adoptées par une majorité parlementaire*. Les saisines couronnées de succès (le plus souvent partiel) sont bien moins nombreuses que les constats de conformité ou compatibilité. D'abord parce que le Conseil, comme il aime le rappeler³⁹, «n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement», de sorte que les choix législatifs échappent dans une large mesure à son contrôle, seulement destiné à vérifier que les modalités retenues ne sont pas «manifestement inappropriées» à l'objectif de la loi. Ensuite, parce qu'il n'allonge pas facilement la liste des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» constitutionnalisés

36. Décisions de 1998 et 2000, à propos des deux «lois Aubry», qui ont marqué le processus de «passage aux trente-cinq heures».

37. Décision du 12 janvier 2002, censurant sur ce point la loi de modernisation sociale votée à l'initiative du gouvernement Jospin, et amplement commentée (voir notamment les commentaires de X. PRÉTOT, A. LYON-CAEN et G. CARCASSONNE, *Droit social* 2002, p. 244 et suiv.).

38. Décisions de 2000 et 2003.

39. Le Conseil l'a rappelé à l'occasion de l'affaire du «contrat première embauche» (voir *supra*).

par le Préambule de 1946⁴⁰. Ainsi s'est-il refusé à reconnaître cette qualité à l'improprement dénommé « principe de faveur⁴¹ ».

Par ailleurs, le Conseil se réfère parfois à une norme constitutionnelle pour conclure que la disposition légale critiquée répond à l'exigence constitutionnelle posée, protégée ou promue par cette norme supérieure, ou qu'elle met celle-ci en œuvre. L'action du droit constitutionnel sur les niveaux inférieurs du droit étatique consiste en effet *soit à limiter* (effet de « cliquet »), *soit à fonder une teneur normative* (effet de légitimation). Nous l'avons relevé à propos du « droit d'obtenir un emploi ». Le Conseil a également jugé que le législateur pouvait, en vertu de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 (« Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail »), confier à des conventions ou accords collectifs le soin de préciser les modalités concrètes d'application des normes édictées par lui (y compris laisser aux organisations patronales et syndicales le soin de régler l'articulation entre les conventions ou accords collectifs qu'elles concluent aux niveaux interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises)⁴².

Assez complexe en fin de compte, cet apport de la jurisprudence constitutionnelle ne peut être ignoré par les juridictions judiciaires ou administratives, car, indépendamment de la prescription de l'article 62 de la Constitution, les normes supérieures de l'ordre juridique national ont aussi vocation à saisir directement les relations entre employeurs et salariés.

2 La soumission des relations du travail aux normes constitutionnelles

Cette soumission est rappelée par des arrêts de la Cour de cassation, juridiction suprême de l'ordre judiciaire dont relève l'essentiel du contentieux des relations du travail (2.1). Si ces décisions ne concernent qu'un nombre limité de normes de rang constitutionnel, la Cour paraît inégalement audacieuse dans leur sollicitation (2.2).

40. N. MERLEY, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », (2005) 3 *RFDA adm.* 621.

41. Le Conseil a jugé par deux fois, en 2003 et en 2004, que « le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés » ne résultait d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946. Sur cette question, voir : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n^{os} 87-88.

42. Décision du 29 avril 2004, relative à l'importante réforme du régime de la négociation collective réalisée par la loi du 4 mai de cette année-là. Position réaffirmée par une décision du 29 juillet 2005.

2.1 La référence des juges du travail à la Constitution

Les normes constitutionnelles ont vocation à s'appliquer directement aux relations entre sujets privés, notamment aux relations du travail. Leur pertinence dépend seulement de leur objet, de leur teneur et de la configuration du rapport en cause. Elles peuvent donc être utilement invoquées, devant toutes les juridictions, à l'égard de situations auxquelles cet objet les rend applicables et pour régler les questions de droit qu'elles font surgir. Nul doute que la pertinence reconnue à ces règles, comme aux normes de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ou d'autres conventions internationales, renforce l'opposabilité, dans les relations du travail, des droits volontiers qualifiés de «fondamentaux⁴³». Une opposabilité qui s'est progressivement affirmée contre certaines réticences jusqu'à ce qu'une loi de 1992 la consacre en introduisant dans le *Code du travail* un article L. 120-2—«Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché»—qui confirme également la légitimité de restrictions privées, «justifiées» et «proportionnées» à l'exercice de ces droits.

Des arrêts de la Cour de cassation se réfèrent à l'une ou l'autre des normes constitutionnelles, appliquée en tant que telle et avec l'autorité découlant de cette qualité⁴⁴. Une autorité parfois soulignée par le qualificatif attribué au droit consacré ou garanti, par exemple lorsque les motifs d'une décision évoquent le «droit constitutionnel de grève». Dans d'autres cas, cette autorité est mise en évidence par la nomination de la norme elle-même, comme lorsque des arrêts se réfèrent au «principe constitutionnel de la liberté du travail». Plus significatifs, certains arrêts se prononcent en visant, parmi les textes fondant la cassation de la décision critiquée, un alinéa du préambule de 1946 ou d'un texte plus ancien auquel il renvoie, voire un article de la Constitution de 1958 elle-même⁴⁵. Il arrive toutefois

43. A. LYON-CAEN et I. VACARIE, «Droits fondamentaux et droit du travail», dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 421. Voir aussi: A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, coll. «Thèmes et commentaires», Paris, Dalloz, 2005.

44. Nous allons essentiellement évoquer, ci-après, des arrêts de la Chambre sociale de la Cour, chargée du contentieux du travail. Mais des décisions d'autres chambres se réfèrent également à des normes constitutionnelles.

45. La Cour de cassation est une juridiction saisie par un recours (le pourvoi en cassation) destiné à provoquer un examen de la rectitude juridique d'un arrêt de cour d'appel, ou parfois d'un jugement de juridiction du premier degré (conseil de prud'hommes ou tribunal d'instance). Elle est un «juge du droit» chargé de contrôler l'application du droit par les juridictions inférieures. Soit elle rejette le pourvoi, et la décision qui était

qu'une prérogative consacrée par une norme constitutionnelle—la liberté du travail ou la liberté d'expression, par exemple—soit sollicitée par la Cour de cassation sans qu'elle nomme le texte de rang constitutionnel dont elle est la signification ou la norme elle-même («le principe de la liberté») dont elle est déduite⁴⁶.

Une décision de justice rendue dans un litige entre employeur et salarié peut solliciter une norme constitutionnelle de grande ampleur, relevant de la garantie des droits ou libertés les plus sûrement «fondamentaux». Ainsi en est-il lorsque la Cour de cassation se réfère au Préambule de la Constitution de 1958 («Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme») pour conforter l'application de l'article L. 122-45 du *Code du travail* qui recèle la plus riche des règles antidiscrimination du droit français. La référence conjointe à ce Préambule et à cet article, qui livre une longue liste de motifs de décision «interdits» à l'égard d'un salarié ou d'un candidat à l'emploi⁴⁷, rappelle avec une force particulière que «nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine⁴⁸».

Moins spectaculaire est la référence à une norme constitutionnelle touchant spécifiquement au travail et aux relations du travail, tel l'alinéa 6 du Préambule de 1946 dont les premiers commentateurs avaient estimé que la formule solennelle («Tout homme peut défendre ses droits et ses

critiquée met définitivement fin au procès, soit elle casse cet arrêt ou ce jugement et renvoie l'affaire devant une juridiction de même nature et même degré, appelée à rendre une décision sur le fond du litige. Selon le *Code de procédure civile*, tout arrêt de cassation « vise le texte sur lequel la cassation est fondée » (formule dite « visa », qui ouvre tout arrêt de ce type).

46. Tel est le cas d'un important arrêt rendu en 1999 (J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 13), dont les motifs fondent la solution sur «la liberté d'expression dont le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci», et qui ne peut être restreinte que dans les conditions fixées par l'article L. 120-2 du *Code du travail*. Cette liberté d'expression pourrait cependant être rattachée à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950, que la Cour de cassation n'hésite plus à invoquer (J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n° 71).
47. «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales».
48. Des arrêts de 1992 et 1998 opèrent de la sorte pour rappeler aux juges qu'il leur appartient de vérifier si le salarié n'a pas été compris dans un licenciement collectif pour motif économique en raison de son origine ethnique ou de sa nationalité étrangère.

intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix») rendait nul tout acte attentatoire à cette liberté et imposait la réparation de tout dommage causé par un agissement qui la léserait. En effet, les dispositions protectrices de la liberté syndicale, dans sa double dimension collective et individuelle, introduites par une loi de 1956 ont bientôt suffi à fonder la nullité des actes antisyndicaux et la sanction des agissements de même nature. Sans doute est-ce pour cela que la disposition de rang constitutionnel—qui, littéralement, consacre la seule liberté individuelle d'adhésion syndicale et de participation à l'action syndicale—reste peu sollicitée⁴⁹. On a toutefois vu surgir une référence à ce texte, couplé avec les articles de la Déclaration de 1789 centrés sur l'affirmation de l'égalité et de la liberté d'agir, et renforcée par la référence à une disposition du *Code du travail* issu de la loi de 1956, dans des arrêts relatifs à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise⁵⁰. Il est vrai que ces arrêts sont surtout remarquables par la teneur qu'ils reconnaissent au «principe d'égalité, de valeur constitutionnelle⁵¹».

C'est en matière de grève que l'on rencontre le plus grand nombre d'arrêts se référant au Préambule, et notamment de décisions prononçant une cassation «vu l'alinéa 7», selon lequel «le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent». À propos de mouvements sociaux postérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 mais antérieurs à la loi de 1950 venue préciser que «la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié», la Cour de cassation avait trouvé dans cet alinéa raison de juger que la grève n'entraînait pas la rupture du contrat du gréviste. Un arrêt de 1951, concernant des faits survenus en 1947, énonce ainsi que «l'affirmation solennelle par les consti-

49. Un important arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour (réunion des présidents et de conseillers de plusieurs chambres, sous la présidence du premier président) a jugé, d'une part, que le principe constitutionnel de liberté syndicale n'interdisait pas de contester en justice la qualité de syndicat professionnel d'un groupement et, d'autre part, que cette qualité devait être déniée à une organisation à forme syndicale (constituée dans une entreprise ou dans un service public par le Front national, parti d'extrême-droite) poursuivant des objectifs essentiellement politiques et agissant «contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie» (10 avril 1998, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 117).

50. Arrêts de 2001 (C. cass. Ch. sociale, 29 mai 2001, *Droit social* 2001, p. 829, note G. Borenfreund) et des années suivantes, prononçant une cassation avec un visa rédigé de la manière suivante : «Vu l'article 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les articles 1^{er}, 5, 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de l'article L. 412-2 du code du travail».

51. Voir *infra*, section 2.2.

tuants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit⁵²».

La disposition du Préambule est également sollicitée, directement ou indirectement, par d'autres décisions, d'indiscutable portée jurisprudentielle, relatives aux formes qu'un arrêt de travail peut revêtir sans perdre la qualification de grève, ou à la nullité du licenciement du salarié gréviste hors le cas de faute lourde, ou encore à l'intervention du juge ou des partenaires sociaux dans la police de la grève. Ainsi lit-on dans un arrêt de 1992 que « si la grève suppose l'existence de revendications de nature professionnelle, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité et le bien-fondé de ces revendications⁵³ ». Un arrêt postérieur, concernant des salariés licenciés pour faute lourde en raison de leur participation à une grève déclenchée sans respect d'un délai de préavis fixé par la convention collective, énonce « qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux⁵⁴ ». C'est aussi en se référant à l'alinéa 7 du Préambule de 1946 que la Cour de cassation exclut toute possibilité, pour un juge, d'ordonner à la demande de l'employeur la réquisition de salariés grévistes⁵⁵, qu'elle estime nulle (pour cause illicite) la dénonciation d'un usage d'entreprise dès lors que l'employeur visait par cette décision à dissuader les salariés d'exercer « le droit de grève constitutionnellement reconnu⁵⁶ », ou qu'elle justifie la condamnation de l'employeur à verser au salarié frappé par un licenciement consécutif à une grève, et nul en l'absence de faute lourde, une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration, même s'il a reçu pendant cette période d'autres salaires ou un revenu de remplacement⁵⁷.

La Cour de cassation a enfin posé sur le terrain du « principe constitutionnel de la liberté du travail » la question de la validité de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail. Certains arrêts

52. C. cass., Ch. civile, 28 juin 1951, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 176.

53. C. cass., Ch. sociale, 2 juin 1992, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 187.

54. C. cass., Ch. sociale, 7 juin 1995, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 191.

55. C. cass., Ch. sociale, 25 févr. 2003, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 192.

56. Sur l'ensemble des arrêts évoqués ou cités, voir J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, commentaires sous les numéros 176-192.

57. C. cass., Ch. sociale, 2 févr. 2006, *Revue de droit du travail* 2006, p. 42, obs. O. Leclerc.

combinent cette norme avec la « loi d'Allarde » du 17 mars 1791, qui a mis fin au système des corporations en libérant l'exercice de toute activité professionnelle⁵⁸. Dans une démarche de montée en généralité, la Cour se réfère d'ailleurs, depuis une série d'arrêts de 2002 qui ont durci les conditions de validité de la clause en introduisant l'exigence d'une contrepartie financière, au « principe fondamental de la liberté de l'activité professionnelle⁵⁹ ». Cette terminologie autorise à penser que la norme ainsi visée sans être rattachée à aucun texte est l'un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » au sens du Préambule de 1946. Celui-ci est aussi visé par des arrêts qui traitent comme une atteinte à la liberté du travail la clause par laquelle un salarié à temps partiel s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur, pour définir de manière restrictive (selon l'article L. 120-2 du *Code du travail*) les conditions de sa validité⁶⁰.

La Cour de cassation qualifie également de « principe fondamental » la norme consacrant *la liberté d'entreprendre*, dont nous avons précédemment signalé le poids dans le contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives⁶¹. Une norme qui s'oppose, par exemple, à ce qu'un juge ordonne à un employeur de modifier l'agencement des locaux de travail⁶². Une norme dont l'autorité tient assurément à l'appartenance à cette catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La terminologie, cependant, peut tromper, et il ne suffit pas que la Cour de cassation qualifie une règle de « principe fondamental » pour que l'on se trouve en présence d'une norme de rang constitutionnel⁶³, tant l'usage des termes « principe » et « fondamental » s'est banalisé.

58. Exemples : C. cass., Ch. sociale, 19 nov. 1996, *Droit social* 1997, p. 95, obs. G. Couturier, et 18 déc. 1997, *Droit social* 1998, p. 194, obs. J. Savatier.

59. C. cass., Ch. sociale, 10 juill. 2002, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 45.

60. C. cass., Ch. sociale, 10 juill. 2000, *Droit social* 2000, p. 1141, obs. J. Mouly.

61. Voir *supra*, section 1.1.

62. C. cass., Ch. sociale, 13 juill. 2004, *Droit social* 2004, p. 1025, obs. B. Gauriau ; *Droit ouvrier* 2004, note E. Dockès : un tribunal ne pouvait imposer à une société exploitant un hypermarché de modifier l'implantation des appareils de pointage (même si elle affectait le régime du temps de travail des salariés) sans porter atteinte à son pouvoir de direction et donc violer le principe en cause.

63. Ainsi, « le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, la plus favorable aux salariés doit recevoir application » (C. cass., Ch. sociale, 17 juill. 1996, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 174, et d'autres arrêts reprenant cette formule) n'est certainement pas une norme constitutionnelle. Le qualificatif de « fondamental » pourrait correspondre à une position hiérarchique infraconstitutionnelle – mais d'autres manifestations des choix terminologiques de la Cour de cassation excluent cette interprétation – ou à une moindre proximité avec une disposition consti-

2.2 Entre audace et réticence

Les juridictions ordinaires feraient preuve de l'audace la plus grande si elles acceptaient de pratiquer un contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives à l'occasion et aux fins de règlement des litiges dont elles sont saisies (contrôle « par voie d'exception »), de la même manière qu'elles contrôlent leur compatibilité avec les conventions internationales (contrôle de « conventionnalité ») pour faire primer ces dernières en cas de contrariété. Les références aux normes constitutionnelles se diffuseraient à coup sûr dans les jugements et arrêts. Mais le risque de stratégies dilatoires consistant à prétendre inconstitutionnelle une disposition invoquée par l'adversaire et l'absence d'aménagement d'un renvoi préjudiciel devant le Conseil constitutionnel (abandon de la réforme envisagée en 1989) excluent pareille « révolution copernicienne » à la Cour de cassation comme au Conseil d'État. Si audace il y a, de la part de la Cour, ce n'est que dans la confrontation à une norme constitutionnelle de la décision des juges inférieurs soumise à son contrôle, et indirectement dans la soumission de la situation litigieuse à cette règle. Mais elle se manifeste, pour l'heure, à l'égard du seul principe d'égalité, et va de pair avec une réticence à prendre sérieusement en compte l'alinéa du Préambule de 1946 énonçant que « chacun a le droit d'obtenir un emploi ».

Nous avons signalé la portée que le Conseil constitutionnel reconnaissait à cette dernière disposition dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois⁶⁴. Or, la Cour de cassation est réticente à lui faire produire quelque effet dans la solution de certaines questions de droit, au regard desquelles elle semble pourtant avoir quelque pertinence. Si elle n'a jamais expressément dénié toute « valeur juridique » à cet énoncé, elle s'est abstenue de le prendre en considération dans des circonstances qui rendent son silence significatif. Par exemple, lorsque la Chambre sociale s'est gardée, dans la motivation d'un important arrêt de 1992 précisant la portée de l'obligation de rechercher un reclassement pour le salarié menacé de licenciement pour motif économique, de suivre la suggestion de l'avocat général⁶⁵ qui l'invitait à se référer au « droit à l'emploi » et soutenait que des arrêts antérieurs de la même chambre avaient implicitement traité celui-ci comme un « droit fondamental ». Mais nous songeons surtout à un arrêt

tutionnelle (la liberté du travail serait objet d'un principe constitutionnel, mais celle de l'activité professionnelle, plus large, ne vaudrait que comme « principe fondamental »). La terminologie actuelle des décisions de justice manque fâcheusement de précision !

64. Voir *supra*, section 1.2.

65. Magistrat du parquet général près la Cour (dirigé par le procureur général), chargé de donner aux conseillers, magistrats composant la formation de la Cour et appelés à juger, un avis juridique sur le pourvoi en cassation.

rendu en 2000 par l'Assemblée plénière⁶⁶, la plus solennelle des formations de la Cour, dont le silence sur la portée du droit à l'emploi à l'heure d'apprécier le caractère réel et sérieux d'un motif économique de licenciement a frappé certains commentateurs. Dans cette affaire, une cour d'appel avait jugé sans cause réelle et sérieuse (injustifiés) des licenciements consécutifs à la suppression de 300 emplois par fermeture d'un établissement d'une société en quête de maintien de sa compétitivité, au motif qu'une solution alternative, estimée aussi efficace par les experts, aurait permis d'épargner une centaine de salariés. Pour cette cour, le choix opéré par l'employeur avait méconnu le « concept de préservation de l'emploi ». Les observations présentées devant la Cour de cassation au nom des salariés licenciés allaient clairement invoquer le « droit à l'emploi ». En vain, puisque l'Assemblée plénière n'allait pas donner suite à cette invitation à faire peser l'énoncé constitutionnel dans l'appréciation de la mesure préférée par l'employeur à une autre solution moins coûteuse en emplois. Elle allait même reprocher à la Cour d'appel d'avoir outrepassé ses pouvoirs de juge des licenciements en contrôlant le choix effectué par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. La Cour a ainsi rappelé que l'employeur devait rester seul juge de ce que requiert l'intérêt de l'entreprise, et délibérément oublié un précepte constitutionnel qui devrait dominer l'appréciation du caractère réel et sérieux de tout effort de reclassement d'un salarié ou de toute mesure de privation d'emploi⁶⁷.

C'est au contraire de volontarisme et d'imagination que la Chambre sociale de la Cour de cassation fait preuve en sollicitant *le principe constitutionnel d'égalité*. Un principe qui s'évince au moins, nous l'avons signalé, du rapprochement de l'article premier de la Constitution et de divers articles de la Déclaration des droits de 1789⁶⁸, et dont la Cour déduit quelques conséquences inattendues dans les relations du travail.

La première manifestation de cet essor jurisprudentiel de l'exigence d'égalité entre salariés d'un même employeur ne paraissait pas directement liée à cette norme constitutionnelle. L'arrêt de 1996, qui a formulé et mis en œuvre pour la première fois la règle générale « à travail égal, salaire égal », se référait au seul *Code du travail* : à deux textes évoquant cette maxime sans impliquer le sens que la Cour allait lui assigner, et aux dispositions particulières (égalité des rémunérations entre femmes et hommes, entre salariés sous contrat à durée indéterminée et salariés sous contrat à durée

66. C. cass., Ass. plén., 8 déc. 2000, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 110.

67. A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », (2001) *Droit social* 417.

68. Voir *supra*, section 1.2.

déterminée, etc.) dont la Cour a choisi d'induire la positivité d'une norme plus générale⁶⁹. Cette règle selon laquelle « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » a été maintes fois réaffirmée depuis lors. Elle est, depuis 1999, qualifiée de « principe » par la Chambre sociale, qui s'efforce, arrêt après arrêt, d'élaborer cette norme, c'est-à-dire d'en préciser la portée, les modalités de mise en œuvre dans l'appréciation des situations litigieuses (Quel est le périmètre d'appréciation du respect de l'égalité : l'entreprise seulement ou le groupe le cas échéant ? Quelles différences entre les rémunérations l'exigence d'égalité de traitement permet-elle d'admettre ? etc.)⁷⁰. Il est frappant, toutefois, qu'elle incline davantage à justifier une différence de rémunération entre des salariés qu'à diagnostiquer une violation du principe⁷¹.

Pourtant, quelques autres arrêts paraissent consacrer et appliquer une autre norme, de plus ample portée : un principe d'égalité de traitement des salariés d'un même employeur⁷². Un principe qui ne saurait être le fruit d'une généralisation ou d'une induction à partir des règles de non-discrimination inscrites dans le *Code du travail*, parce que l'égalité de traitement et la prohibition de certains motifs de distinction ou de décision (discrimination *stricto sensu*) sont des concepts distincts. Un principe que la Cour n'appuie pas non plus sur une référence à la Constitution, et dont on se demande inévitablement si « À travail égal, salaire égal » ne constitue pas désormais une simple application en matière de rémunération. Mais une norme dont la positivité même demeure à ce jour incertaine.

Il reste que, depuis quelques années, la Cour convoque aussi avec constance « le principe d'égalité, de valeur constitutionnelle et que le juge doit appliquer » à propos des rapports entre l'employeur et les syndicats représentatifs soit pour en déduire que tout syndicat représentatif dans une entreprise doit bénéficier des avantages qu'un accord collectif accorde aux seules organisations signataires⁷³, soit pour en déduire qu'un employeur est irrecevable à contester en justice la désignation d'un délégué par un syndicat (au motif que la situation de l'entreprise ne permettait pas cette

69. C. cass., Ch. sociale, 29 oct. 1996, J. PÉLISSIER et autres, *op. cit.*, note 22, n° 68.

70. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 3, n° 1027.

71. A. JEAMMAUD, « Panorama de droit du travail », (2007) *Recueil Dalloz* 185 (observations sur des arrêts récents).

72. Ces arrêts ont paru consacrer cette exigence d'égalité de traitement en matière d'octroi d'actions de la société (C. cass., Ch. sociale 17 juin 2003) ou d'aménagement des horaires de travail (C. cass., Ch. sociale, 25 févr. 2004). Arrêts publiés en annexe de : A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », (2004) *Droit social* 694.

73. C. cass., Ch. Sociale, 20 mai 2001, *Droit social* 2001, p. 821, note G. Borenfreund.

désignation) s'il n'a pas contesté la désignation d'un délégué notifiée dans des conditions analogues par une autre organisation syndicale⁷⁴. S'il est vrai qu'elle vise à la fois l'article 6 du préambule de 1946, consacrant la liberté syndicale⁷⁵, et les articles 1, 5 et 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, la Cour opère alors une extension prétorienne du domaine du principe d'égalité en l'invoquant. L'égalité consacrée et garantie par la combinaison des dispositions de la Déclaration de 1789 et de l'article premier de la Constitution de 1958 est une égalité devant la loi, prolongée par une égalité dans l'accès aux emplois publics et devant les charges publiques (articles 6 et 13 de la Déclaration). Cette égalité devant la loi, dont l'égalité civile est une dimension, ne paraît avoir de sens que dans les rapports entre l'État et les individus, citoyens ou autres « personnes relevant de la juridiction » de cet État, ou sur le terrain du traitement des personnes dans la loi. La norme majeure qui en est le support n'a donc pas *a priori* vocation à régir les relations entre un employeur et ses salariés (qui sont, pour lui, autant de cocontractants), les règles privées que pose ou les décisions qu'arrête le premier, les accords qu'il conclut avec les représentants des seconds, ou encore les actes de ceux-ci ou de leurs organisations dans l'entreprise. De prime abord, sont seules applicables, dans cette sphère, les règles de non-discrimination (notamment l'article L. 122-45) ou d'égalité de traitement entre certaines catégories de salariés. Les arrêts de la Cour de cassation étendent, sans le dire ni s'en expliquer, le champ de pertinence du « principe constitutionnel d'égalité » et en enrichissent la teneur. Prenons acte de l'avènement, sous couvert de référence à des textes constitutionnels constants, d'une norme connexe mais de même rang, par l'effet d'un choix jurisprudentiel délibéré ou d'une méprise créatrice. La valeur d'égalité, dont le bloc de constitutionnalité consacre et garantit une part des implications normatives, irradie ainsi le régime français du travail salarié⁷⁶.

Cette tendance créée, bien sûr, sa part d'illusion, puisque subsiste la diversité des contrats de travail et que progresse la place des formes juridiques de travail salarié condamnant à la précarité ou à la « pauvreté laboureuse ». Il n'empêche que la Constitution, grâce au Conseil constitutionnel et plus encore à la Cour de cassation, grâce aussi à des acteurs politiques légiférant et à des acteurs sociaux ou professionnels du droit prompts à mobiliser les ressources argumentatives qu'offrent les règles de droit,

74. C. cass., Ch. Sociale, 5 mai 2004, également publié en annexe de A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 72. On compte, aujourd'hui, d'autres arrêts dans le même sens.

75. Elle vise aussi l'article L. 412-2 du *Code du travail* prohibant toute pression patronale en faveur ou à l'encontre d'un syndicat.

76. Voir notre étude : A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 72, p. 700.

« a cessé d'être seulement charte de l'organisation des pouvoirs publics pour devenir aussi charte de la société elle-même, régissant à ce titre les relations du travail⁷⁷ ». Mais l'indispensable évocation de jeux d'acteurs ne peut valoir explication. La compréhension, ambition plus modeste, est aussi malaisée. Quelle relation établir entre le progrès d'un « constitutionnalisme » à la dimension sociale plus marquée et l'hégémonie d'un capitalisme globalisé plus dur chaque jour pour qui n'a que son travail pour vivre ?

77. A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN, « Les normes supralégislatives à la Chambre sociale de la Cour de cassation », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Waquet*, Paris, Dalloz, à paraître.