

**ANNALES  
TROISIEME CONCOURS  
D'ACCES  
AU CORPS DE  
L'INSPECTION DU  
TRAVAIL 2012**

# **TROISIEME CONCOURS**

## **2<sup>ème</sup> épreuve**

**Rédaction, à partir d'un dossier se rattachant aux questions économiques et sociales européennes, d'une note permettant de vérifier les qualités de rédaction, d'analyse et de synthèse du candidat ainsi que son aptitude à dégager des solutions appropriées.**

# MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ

## TROISIÈME CONCOURS D'INSPECTEUR DU TRAVAIL 2012

Jeudi 05 janvier 2012

2ème épreuve : de 9 h 00 à 13 h 00

Rédaction, à partir d'un dossier se rattachant aux questions économiques et sociales européennes, d'une note permettant de vérifier les qualités de rédaction, d'analyse et de synthèse du candidat ainsi que son aptitude à dégager des solutions appropriées.

*(Durée : 4 heures – coefficient 4)*

### Sujet :

Votre directeur doit présider une table ronde sur la question prioritaire de constitutionnalité et ses enjeux dans le champ du droit social. Il vous demande pour l'occasion, de lui rédiger une note de synthèse et souhaite également que vous lui précisiez quelques éléments de comparaison avec d'autres pays.

Il est rappelé au candidat que sa copie ainsi que les intercalaires doivent rester anonymes (pas de nom, de numéro ni de signe distinctif). Les brouillons ne seront pas corrigés.

## **Eléments du dossier :**

### **Document 1 (page1 à 4)**

#### **Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne**

Intervention du 7 février 2011 à la journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne de Monsieur Hubert Haenel membre du Conseil constitutionnel

### **Document 2 (page 5 à 8)**

#### **La question prioritaire de constitutionnalité**

Publication du conseil constitutionnel

### **Document 3 (page 9 à 11)**

#### **La question prioritaire de constitutionnalité et la protection sociale**

Ecrit par Bruno Serizay

### **Document 4 (page 12 à 13)**

**Décision n° 2011-167 QPC du 23 septembre 2011 du conseil constitutionnel**

### **Document 5 (page 14 à 15)**

#### **La question prioritaire de constitutionnalité et le droit syndical**

Ecrit par Rachid Brihi avocat associé, dans La semaine juridique - édition sociale

### **Document 6 (page 16)**

**Article 54 de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie**

### **Document 7 (page 17 à 18)**

**Décision n° 2010-67/86 question prioritaire de constitutionnalité du 17 décembre 2010**

### **Document 8 (page 19 à 20)**

**Afpa : le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution le transfert à l'association des biens appartenant à l'Etat**

Dépêche n°142611 de Christophe Marty dans aef.info

### **Document 9 (page 21 à 25)**

**La question prioritaire de constitutionnalité sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ? (avec annexe)**

Ecrit par Arnaud Teissier

**Document 10 (page 26 à 27)**

**Extrait de « la question prioritaire »**

Rédigé par le service documentation du bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation

**Document 11 (page 28 à 37)**

**La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?**

Ecrit par Christophe Radé professeur à la faculté de droit de Bordeaux, dans la revue Droit sociale septembre-octobre 2010

**Document 12 (page 38 à 42)**

**Etude de législation comparée n° 208 - septembre 2010 – Les recours devant le juge constitutionnel**

Extrait du site du Sénat

**Document 13 (page 43 et 45)**

**Décision n° 2010-63/64/65 question prioritaire de constitutionnalité du 12 novembre 2010**

Conseil constitutionnel



## CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Hubert HAENEL  
Membre du Conseil constitutionnel

(7 février 2011 - Journée de travail  
à la Cour de justice de l'Union européenne)

### 1 – La Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes

À l'occasion de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a indiqué la « place, au sommet de l'ordre juridique interne, de la Constitution française » (n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004). Il a repris cette formulation dans sa décision sur le traité de Lisbonne (n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007). C'est en effet la Constitution qui autorise les pouvoirs publics à signer et ratifier des accords internationaux et qui donne à ces derniers une force supérieure à la loi.

Le Conseil constitutionnel a pour mission de faire respecter cette place première de la Constitution. Il a ainsi à connaître, dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, des traités internationaux et européens qui peuvent inclure des dispositions non conformes à la Constitution. Il apprécie, *a priori*, dans le cadre de l'article 61, et *a posteriori*, dans le cadre de l'article 61-1 et de la question prioritaire de constitutionnalité, la conformité des lois à la Constitution.

Ainsi le Conseil s'est prononcé sur divers traités européens : en 1992 (traité de Maastricht)<sup>1</sup>, 1997 (traité d'Amsterdam)<sup>2</sup>; 2004 (traité établissant une Constitution pour l'Europe)<sup>3</sup>; et 2007 (traité de Lisbonne)<sup>4</sup>. Chaque fois, la Constitution a été modifiée.

### 2 – Le Conseil constitutionnel n'est pas juge de la conformité des lois au droit de l'Union européenne

Depuis 1975, le Conseil constitutionnel juge que, dans le cadre de sa mission de contrôle de la constitutionnalité des lois, il ne lui appartient pas d'examiner la

<sup>1</sup> N° 92-308 DC du 9 avril 1992 et n° 92-312 DC du 2 septembre 1992.

<sup>2</sup> N°97-394 DC du 31 décembre 1997,

<sup>3</sup> N° 2004-505 DC du 19 novembre 2004,

<sup>4</sup> N° 2007-56 DC du 20 décembre 1997.

compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France<sup>5</sup>.

L'article 55 de la Constitution constitue une règle de conflit de normes dans un système français moniste. Il appartient à tout juge chargé de l'application de la loi de faire respecter cette règle de conflit qui conduit à écarter la loi nationale lorsqu'elle vient en conflit avec un engagement international ou européen en vigueur. La hiérarchie posée par l'article 55 ne constitue donc pas une règle de validité constitutionnelle des lois.

Le Conseil constitutionnel a fait une application constante de sa jurisprudence IVG pour le droit de l'Union européenne<sup>6</sup>.

### **3 – Le Conseil constitutionnel fait respecter l'exigence constitutionnelle de transposition des directives.**

L'article 88-1 de la Constitution dispose :

*« La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. »*

Le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 88-1 de la Constitution que : *« La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »*<sup>7</sup>. Dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil contrôle qu'une loi de transposition ne contredit de façon manifeste ni les dispositions ni l'objectif général de la directive qu'elle a pour objet de transposer<sup>8</sup>.

Le Conseil a posé une limite à ce contrôle de la loi de transposition d'une directive : la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. Le Conseil n'a jamais appliqué ce concept.

---

<sup>5</sup> Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 2 à 7.

<sup>6</sup> Décisions n°s 91-293 DC du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, cons. 4 et 5 ; 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 20 et 21 ; 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 13 et 16.

<sup>7</sup> Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7 et six décisions ultérieures.

<sup>8</sup> Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

#### 4 – L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité confirme cet état du droit

Avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le nouvel article 61-1 de la Constitution reconnaît à tout justiciable le droit nouveau de poser une question de constitutionnalité à l'encontre d'une disposition législative. La loi organique (cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et deuxième alinéa de son article 23-5) a instauré une règle procédurale de priorité d'examen des moyens de constitutionnalité sur les moyens de conventionnalité, imposant aux juges d'examiner s'il y a lieu de transmettre la question de constitutionnalité même si, par ailleurs, il est saisi d'un moyen de conventionnalité qui pourrait, s'il était accueilli, permettre de trancher le litige.

Le choix du législateur de distinguer entre les moyens de conventionnalité et les questions de constitutionnalité a pour conséquence d'interdire la confusion des deux. Le législateur organique français a écarté la possibilité que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité soient associés et symétriques comme c'est le cas dans certains États européens.

Cette distinction a également pour conséquence que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel tant dans le contrôle *a priori* que dans le contrôle *a posteriori*, n'ont d'autorité qu'en ce qui concerne la constitutionnalité des lois. La compétence des juges pour exercer le contrôle de conventionnalité n'est pas affectée par une éventuelle décision du Conseil constitutionnel déclarant la loi conforme à la Constitution.

À la suite du Parlement, le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa jurisprudence IVG dans sa décision n° 2009-605 DC du 12 mai 2010 sur la loi dite « *Jeux en ligne* ». Soulignant le rôle de juge de la conformité au droit de l'Union des deux ordres de juridiction, il a rappelé trois points :

- En premier lieu, à l'occasion de l'examen d'une QPC, il appartient aux juges administratifs et judiciaires de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'une disposition incompatible avec le droit de l'Union européenne produise des effets.
- En deuxième lieu, le Conseil a précisé que les dispositions sur la QPC ne privent aucunement le juge de son pouvoir de poser une question préjudicielle à



la Cour de justice de l'Union européenne, y compris lorsqu'il transmet une question prioritaire de constitutionnalité.

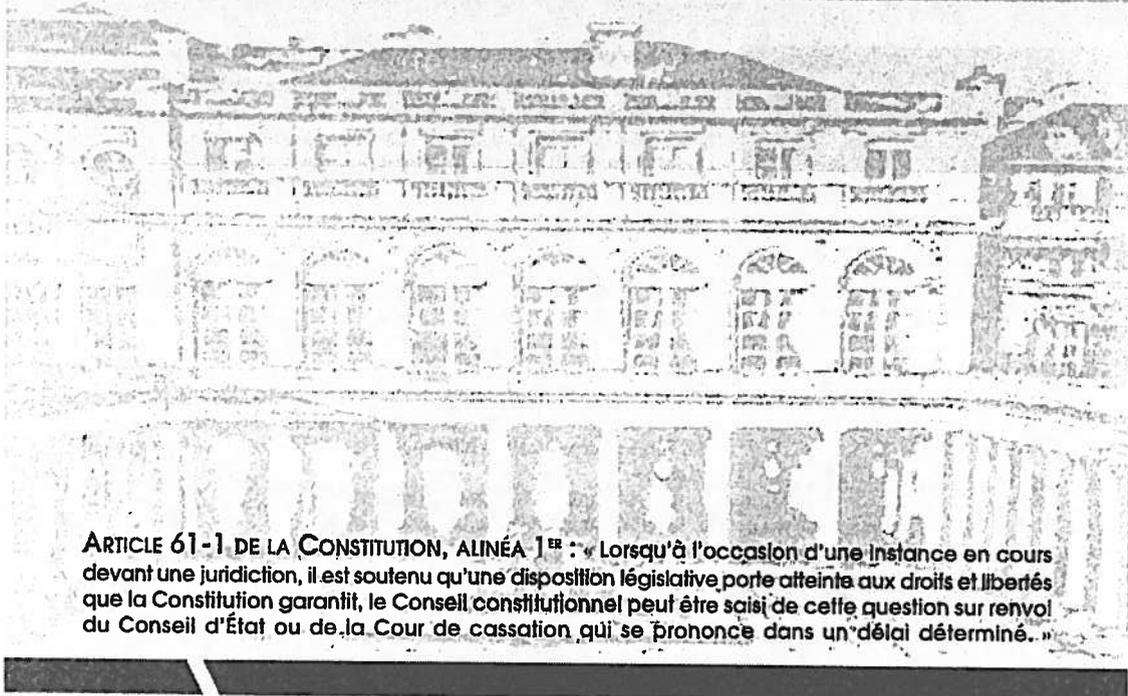
– L'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne figure pas au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Cette exigence n'est pas invocable par les justiciables dans le cadre de la QPC.

La CJUE a utilisé, dans sa décision *Melki* du 22 juin 2010, le même raisonnement et les mêmes trois points. En outre elle a également invoqué le cas particulier où le Conseil d'État ou la Cour de cassation adresserait simultanément au Conseil constitutionnel une QPC et à la CJUE une question préjudicielle. La Cour de Luxembourg a alors posé le principe selon, dans cette hypothèse, tant la « question » de la validité de la directive que la réponse de la Cour doivent être préalables à la réponse au contrôle de constitutionnalité.

Dans cette hypothèse de double question, le Conseil constitutionnel pourrait, dans un premier temps, attendre que la CJUE se soit prononcée sur la question préjudicielle avant, au besoin en ayant sursis à statuer, de le faire sur la QPC. Dans un second temps, il statuerait au fond au vu de l'arrêt de la Cour.

Une telle orientation finaliserait le « dialogue des juges » noué entre la Cour de Luxembourg et le Conseil constitutionnel. Elle interdit toutefois au Conseil de juger une disposition législative transposant des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive comme conformes à la Constitution. Le Conseil doit alors se borner à constater que lesdites dispositions législatives ne portent atteinte à aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. C'est ce que le Conseil constitutionnel a fait dans sa décision *M. Kamel D.* n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010. Il a prononcé un non-licu pour réserver l'hypothèse où la CJUE censurerait la directive dont est issue la disposition législative contestée.

## LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ



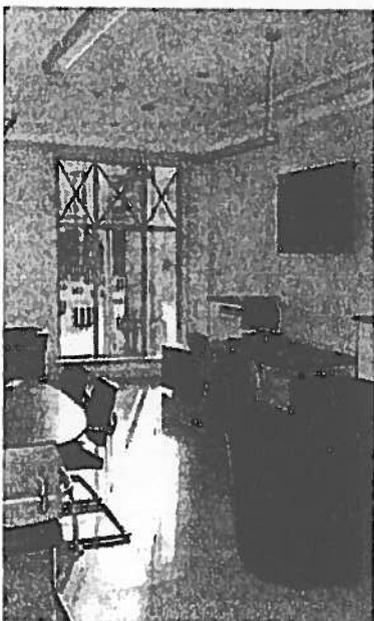
ARTICLE 61-1 DE LA CONSTITUTION, ALINÉA 1<sup>ER</sup> : « Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »



CONSEIL  
CONSTITUTIONNEL

La « question prioritaire de constitutionnalité » est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État et la Cour de cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Avant la réforme, il n'était pas possible de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Désormais, les justiciables jouissent de ce droit nouveau en application de l'article 61-1 de la Constitution.



### ► 1 - Qu'entend-on par « disposition législative » ?

Il s'agit d'un texte adopté par l'autorité détenant le pouvoir législatif. C'est donc essentiellement un texte voté par le Parlement (loi, loi organique ou ordonnance ratifiée par le Parlement). Ce peut-être aussi une loi du pays de Nouvelle-Calédonie. Les ordonnances qui n'ont pas été ratifiées, les décrets, les arrêtés ou les décisions individuelles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (ce sont des actes administratifs dont le contrôle relève de la compétence des juridictions administratives).

### ► 2 - Qu'entend-on par « droits et libertés que la Constitution garantit » ?

Les droits et libertés garantis par la Constitution sont les droits et libertés qui figurent dans :

► la Constitution du 4 octobre 1958 telle que modifiée à plusieurs reprises ; par exemple l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle (article 66) ;  
 ► les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, à savoir :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- le Préambule de la Constitution de 1946,
- les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (aux quels renvoie le Préambule de la Constitution de 1946) ; par exemple, la liberté d'association ou la liberté d'enseignement,
- la Charte de l'environnement de 2004.

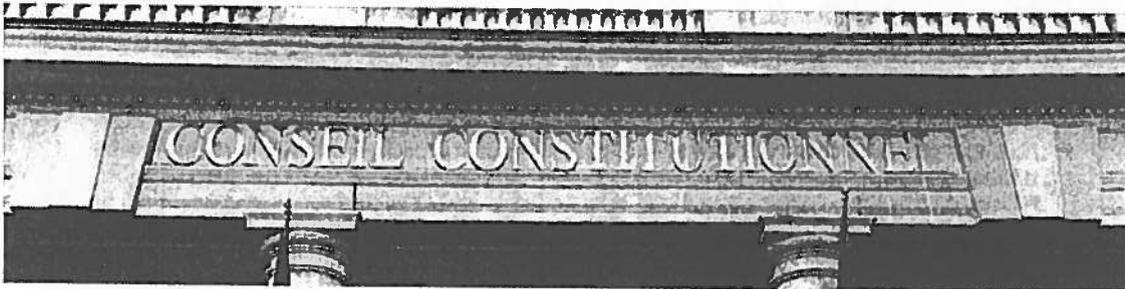
### ► 3 - Pourquoi la question est-elle qualifiée de « prioritaire » ?

La loi organique du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a qualifié la question de constitutionnalité de « prioritaire ».

Cela signifie d'une part que, lorsqu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou une cour d'appel, la question doit être examinée sans délai. Le temps d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité doit s'imputer sur le temps de la procédure et ne doit pas la retarder.

D'autre part, lorsque la juridiction est saisie de moyens qui contestent à la fois la constitutionnalité de la loi (question de constitutionnalité) et le défaut de conformité de cette loi aux traités et accords internationaux (exception d'inconstitutionnalité) la juridiction doit d'abord examiner la question de constitutionnalité.





► **4 - Faut-il prendre un avocat pour poser une question prioritaire de constitutionnalité ?**

Les règles de représentation, pour poser la question prioritaire de constitutionnalité, obéissent aux règles applicables devant la juridiction saisie de l'instance : devant une juridiction où la représentation par avocat est obligatoire, la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être posée que par avocat.

En revanche, devant les juridictions où une partie peut assurer elle-même sa défense, il est possible de déposer directement une question prioritaire de constitutionnalité.

► Attention : la question prioritaire de constitutionnalité doit toujours faire l'objet d'un écrit distinct et motivé (même devant les juridictions où la procédure est orale).

► **5 - Quand peut-on poser une question prioritaire de constitutionnalité ?**

La question prioritaire de constitutionnalité peut être posée au cours de toute instance devant une juridiction de l'ordre administratif (relevant du Conseil d'État) ou judiciaire (relevant de la Cour de cassation).

La question peut être posée, en première instance, en appel, ou en cassation.

► **6 - À quelles conditions peut-on poser une question prioritaire de constitutionnalité ?**

Toute juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation peut être saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité. Seule la cour d'assises ne peut en être saisie. Toutefois, en matière criminelle, la question peut être posée soit avant, devant le juge d'instruction, soit après, à l'occasion d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

La question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée par écrit. L'écrit doit être motivé. Il doit toujours être distinct des autres conclusions qui sont produites dans l'instance.

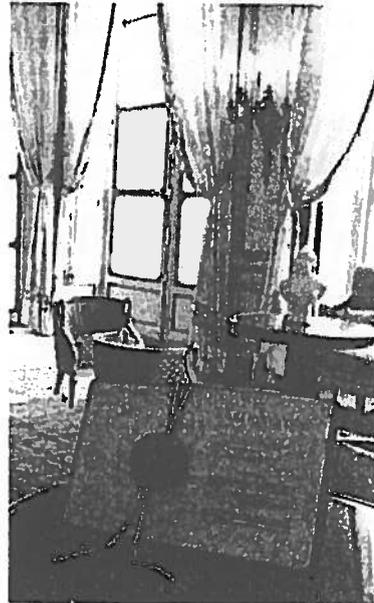
► **7 - Le justiciable peut-il saisir directement le Conseil constitutionnel ?**

Non : la question prioritaire de constitutionnalité doit être posée au cours d'une instance.

C'est la juridiction saisie de l'instance qui procède sans délai à un premier examen. La juridiction examine si la question est recevable et les critères fixés par la loi organique sont remplis.

Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à un examen plus approfondi de la question prioritaire de constitutionnalité et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel.



► 8 - Quels sont les critères pour que le Conseil constitutionnel soit saisi ?

Les critères pour que le Conseil constitutionnel soit saisi de la question prioritaire de constitutionnalité sont détaillés par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'article 61-1 de la Constitution. Ils sont au nombre de trois :

- la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

► 9 - Peut-on contester le refus de saisir le Conseil constitutionnel ?

Le refus, par la juridiction de première instance ou la cour d'appel, de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours (appel ou pourvoi en cassation) visant la décision rendue au fond par la juridiction saisie.

Le refus, par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de saisir le Conseil constitutionnel n'est susceptible d'aucun recours.

► 10 - Comment se déroule la procédure devant le Conseil constitutionnel ?

Le Conseil constitutionnel doit juger la question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois mois. Pour garantir un échange contradictoire dans ce délai court, les notifications et les échanges se feront par la voie électronique.

Les parties devront déclarer une adresse électronique avec laquelle ils communiqueront avec le Conseil constitutionnel. Pour gagner du temps, les parties peuvent faire figurer cette adresse électronique dans la question prioritaire de constitutionnalité déposée devant la juridiction du fond ou dans les mémoires qui sont échangés devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

Après un échange contradictoire entre les parties, l'affaire sera appelée à une audience publique où les avocats pourront formuler des observations orales. La décision sera rendue quelques jours après.

► 11 - Quelles sont les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel ?

Si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est conforme à la Constitution, cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridiction doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition d'un traité international ou du droit de l'Union européenne.

Si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est contraire à la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel a pour effet d'abroger cette disposition. Elle disparaît de l'ordre juridique français.

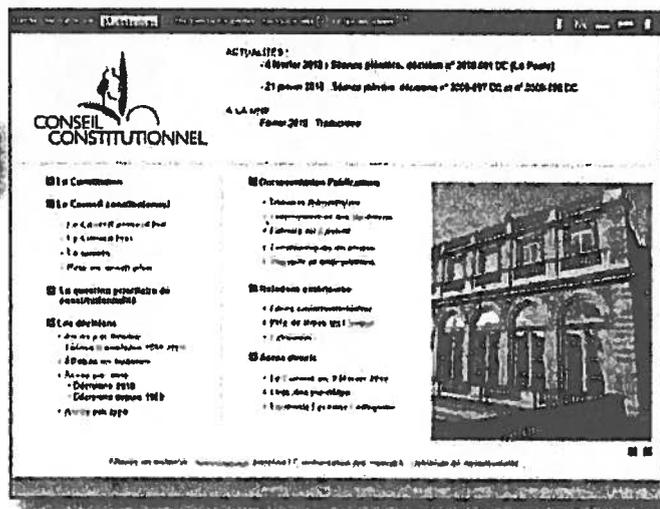
► 12 - Quand la réforme entre-t-elle en vigueur ?

La réforme entre en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010.

Elle sera applicable aux instances en cours. Toutefois, seules les questions prioritaires de constitutionnalité présentées à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010 dans un écrit ou un mémoire distinct et motivé seront recevables.

Pour en savoir plus : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
2 rue de Montpensier,  
75001 Paris



© Conseil constitutionnel 2010

# La QPC et la protection sociale

**Bruno SERIZAY,**

avocat, conseil en droit social, Capstan Avocats



La protection sociale est au cœur du paradigme droit de la personne / droit économique ; elle met en œuvre des mécanismes complexes. Elle favorise donc la confrontation des normes aux principes constitutionnels. D'ores et déjà est ouvert le débat sur la déclinaison de la notion d'égalité interprétée subjectivement par la Cour de cassation et objectivement par le Conseil constitutionnel.

1 - L'examen des perspectives de QPC dans le domaine de la protection sociale est l'occasion d'établir une synthèse des contributions présentées.

## 1. La QPC est un outil stratégique

2 - L'attrait de cet outil stratégique pour les organisations syndicales et pour les entreprises a été exposé. Dans les deux cas, la technique d'élaboration de la norme sociale en est largement à l'origine.

**A. - La norme sociale est le résultat d'une alliance pas toujours maîtrisée de la loi et de l'accord collectif, rendant aléatoire son interprétation.**

3 - L'inflation de textes, souvent de circonstance, parfois inspirés par des accords interprofessionnels auxquels ils ne sont pas nécessairement fidèles, peut favoriser des interprétations ignorant la finalité sociale ou économique de la norme, voire favorisant la prévalence idéologique ou dogmatique.

4 - Le juge apparaît, souvent, non seulement comme un interprète naturel mais fidèle de la loi, mais également (souvent) comme créateur de la norme. L'arrêt du 5 décembre 2006<sup>1</sup> est symptomatique. La Cour de cassation, statuant dans le cadre d'une affaire jugée en référé, était saisie de la question de la forme de l'avis consultatif émis par le CE en application de l'ancien article L. 431-5 du Code du travail (*devenu C. trav., art. L. 2323-2 à L. 2323-5*) afin de déterminer si, comme le soutenait l'entreprise, la consultation du comité d'entreprise pouvait résulter de l'expression d'avis motivés par les élus (éventuellement, en leurs noms, par certains d'entre eux intervenant sous une étiquette syndicale) ou si, comme le soutenait le syndicat, elle devait nécessairement résulter d'un vote. La Cour de cassation d'une part approuve la cour d'appel de n'avoir pas considéré que cette question matérialisait une contestation sérieuse justifiant un examen « au

fond » et d'autre part juge, comme l'avait fait l'arrêt d'appel, que « cet avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent », imposant (par l'emploi du singulier) la solution du vote.

Cette décision est manifestement contraire à la lettre de la loi qui vise un « avis motivé » lequel suppose non pas nécessairement une expression unique mais éventuellement celle des positions avancées et diversifiées. Elle est contraire à la logique de consultation en droit de l'Union européenne (la conjonction du point 23 du préambule de la directive 2009/38/CE sur le comité européen et de son article 2 permet de considérer que la consultation procède d'un échange de vues destiné à permettre l'expression d'un avis utile à la prise de décision).

Elle apparaît contraire au principe constitutionnel défini par le protocole de 1946 selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Elle réduit significativement la richesse des débats en comité d'entreprise et favorise une approche univoque donc caricaturale des problématiques sociales ; à ce titre, elle ignore la finalité de la consultation du comité d'entreprise en tant que les avis du comité sont destinés à nourrir la décision de l'entreprise et donc à favoriser la détermination collective des conditions de travail.

5 - Le juge n'hésite pas, parfois, à écarter radicalement la norme légale et conventionnelle. Alors que la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a expressément prévu la prééminence de l'accord collectif sur le contrat de travail (*art. 30-I*), un arrêt du 28 septembre 2010<sup>2</sup> juge que « l'instauration d'une modulation du temps de travail [qui résultait d'un accord collectif] constitue une modification du contrat de travail et requiert l'accord exprès du salarié ». Cet arrêt attente manifestement au principe constitutionnel de la détermination des conditions de travail par les représentants des salariés et au principe

1. Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-21.641 : JurisData n° 2006-036348 ; Bull. civ. 2006, V, n° 371 ; JCP S 2007, 1107, note J.-M. Olivier.

2. Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : JurisData n° 2010-017046 ; JCP S 2010, 1466, note M. Morand.

également constitutionnel du droit de propriété reconnu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

## B. - Lorsque la norme sociale émane de l'accord collectif, le juge a naturellement la mission de vérifier que l'accord ne viole pas la loi

6 - Or, on constate que, souvent, il s'attribue le rôle de juger de l'opportunité de la norme conventionnelle, s'ingérant ainsi dans la négociation collective, sans titre et sans raison. Un arrêt du 16 décembre 2008<sup>3</sup> confirme l'annulation de la disposition d'un accord collectif attribuant la qualité d'employeur à l'UES, au motif que l'UES n'a pas la personnalité morale. Sur un tel fondement, les comités d'entreprise n'auraient pas eu la personnalité morale avant la loi de 1982 ; heureusement, l'arrêt du 28 janvier 1954 avait admis, que le comité d'entreprise disposait de la personnalité morale au motif que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés », conditions évidemment réunies par l'UES.

Là encore, la Cour de cassation a nié le droit constitutionnel des représentants des salariés à définir leurs conditions de travail.

7 - Ces exemples montrent que le contrôle de constitutionnalité des lois, mais plus encore de la jurisprudence – contrôle expressément admis par les décisions n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 et n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 – constitue un mode de régulation nécessaire à la défense des intérêts sociaux, pour l'entreprise comme pour les salariés ou leurs représentants. Le contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, en mettant les juridictions civiles sous le contrôle du juge constitutionnel, les incite à un meilleur respect des principes constitutionnels.

## 2. Exemples permettant d'illustrer ce double rôle pédagogique et réformateur du contrôle de constitutionnalité des lois et de la jurisprudence

### A. - Application du principe d'égalité de traitement des citoyens en matière de protection sociale

8 - L'égalité de traitement des citoyens est un principe consacré par les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le 11<sup>e</sup> alinéa du préambule de 1946. Pour le Conseil constitutionnel, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

9 - Le Conseil constitutionnel adopte une approche objective du principe d'égalité de traitement, consacrant d'une part l'idée que l'égalité ne vaut que pour autant que les situations sont elles-mêmes égales et d'autre part la possibilité de déroger à l'égalité, sous réserve dans les deux cas que la différence de traitement ait un lien direct avec l'objet de la norme. C'est ainsi que la décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010 sur la loi portant réforme des retraites consacre la constitutionnalité de la loi en tant qu'elle reporte l'âge de liquidation à taux plein de la pension de Sécurité sociale, alors même que des salariés peuvent, avant l'âge de 62 ans, réunir les conditions techniques permettant une telle liquidation. L'égalité n'est pas atteinte

dès lors que l'objet de la loi est, en reportant l'âge de la retraite, de favoriser l'équilibre des régimes de retraite, peu important les situations individuelles. Pour le Conseil constitutionnel l'objectivité de la norme collective prévaut sur la subjectivité des situations individuelles.

À l'inverse, lorsque l'objet de la loi ne suppose pas de créer une différence de traitement mais que son application, par exemple combinée à une autre loi, crée une différence de traitement sans rapport avec son objet, la loi est inconstitutionnelle ; aussi la décision n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 juge-t-elle inconstitutionnel l'article 28 du Code des pensions civiles et militaires, dès lors que, combiné avec l'article 15 du même code, il a pour effet de créer une différence de traitement, en l'espèce « au regard de l'objet de la majoration de pension pour charges de famille entre les fonctionnaires pensionnés invalides ayant élevé au moins 3 enfants et les fonctionnaires pensionnés qui ne sont pas invalides et ont élevé au moins 3 enfants ». Le Conseil constitutionnel établit que « la différence de traitement n'est pas justifiée par l'objet de la loi ».

10 - Dans de nombreuses entreprises, des avantages sociaux – spécifiquement ceux relatifs à la protection sociale complémentaire (la prévoyance et la retraite supplémentaire) – peuvent être attribués aux salariés relevant de certaines catégories sociales. L'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale consacre cette situation en admettant que les exonérations sociales sont acquises dès lors que le régime bénéficie « à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux, sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret au Conseil d'État ». Le décret en Conseil d'État devra être analysé à l'aune du principe d'égalité<sup>4</sup> ; mais d'une façon plus large, on peut s'interroger sur la conformité au principe d'égalité de régimes réservés à une catégorie de salariés. De tels régimes ont pour objet d'établir, pour les personnels visés (dès lors qu'ils appartiennent à une catégorie identifiée par des critères objectifs), des garanties sociales supplémentaires. Au regard de leur objet, ces régimes qui induisent une différence de traitement entre les salariés relevant de situations professionnelles différentes, sont donc conformes au principe d'égalité tel que défini par le Conseil constitutionnel.

Pour autant, de récentes décisions de la Cour de cassation instillent le doute. En effet, pour la Cour de cassation, la rupture d'égalité est consommée lorsqu'est établie une différence de traitement entre les salariés relevant de catégories différentes, au motif que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait, en elle-même, justifier une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage »<sup>5</sup>.

Sur la base de cette analyse, l'attribution d'un régime de prévoyance ou de retraite supplémentaire aux salariés d'une catégorie sociale heurterait le principe d'égalité ce qui aurait pour effet de consacrer l'illicéité du régime de retraite des cadres ou encore les dispositions de l'article 7 de la Convention collective nationale du 14 mars 1947 imposant une couverture de prévoyance minimale à leur seul profit. Force est de constater que l'interprétation par la Cour de cassation du principe d'égalité diverge fondamentalement de celle du Conseil constitutionnel. À l'approche objective du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation oppose une approche subjective. Ce

3. Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : JurisData n° 2008-046307 ; Bull. civ. 2008, V, n° 255 ; JCP S 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan.

4. Le Conseil d'État sera amené à apprécier la conformité du décret – et même du projet de décret – à l'aune de sa jurisprudence traditionnelle, laquelle retient l'approche objective du Conseil Constitutionnel (not., CE, 10 déc. 1982, n° 33198 Syndicat Intercommunal de l'Île de Ré. – CE, 10 mai 1974, n° 88032, sieur Denoye 2)

5. Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601 : JurisData n° 2008-042839 ; Bull. civ. 2008, V, n° 39 ; JCP S 2008, 1305, note D. Everaert-Dumont, y compris si la différence de traitement résulte d'un accord collectif. – Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-42.675 : JurisData n° 2009-048964 ; Bull. civ. 2009, V, n° 168 ; JCP S 2009, 1451, note E. Jeansen.

n'est plus l'objet de la norme qui justifie la spécificité du traitement, mais la situation du salarié. Pour la Cour de cassation, le cadre doit bénéficier comme le non-cadre de tickets-restaurant dès lors que, face à la nécessité de se nourrir en milieu de journée, les deux se trouvent dans la même situation ; de même, le non-cadre doit bénéficier, comme le cadre, de congés supplémentaires dès lors que, face à la nécessité de se reposer, les deux sont dans la même situation. La situation du salarié face à l'avantage est donc déterminante. L'approche de la Cour de cassation est résolument subjective, la subjectivité étant encore renforcée par le fait que les magistrats de la Cour de cassation estiment qu'ils doivent contrôler l'opportunité de l'avantage<sup>6</sup>. Cette approche subjective semble devoir être condamnée par le Conseil constitutionnel.

## B. - Application du principe d'égalité des citoyens devant l'impôt

11 - L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose le principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt, à raison de leur capacité contributive.

12 - Le principe constitutionnel d'égalité est consacré, en matière fiscale, par le Conseil constitutionnel. Ce principe n'interdit pas l'aménagement du régime fiscal selon les catégories de contribuables<sup>7</sup> ou selon la nature des prestations soumises à la TVA<sup>8</sup>, ni l'amnistie fiscale<sup>9</sup>.

Ce principe suppose également d'être mesuré à l'aune de chaque imposition prise isolément, ce qui a permis de justifier la constitutionnalité de la CSG<sup>10</sup>.

13 - L'article 16 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 (codifiée sous l'article L. 137-11-1 du Code de la sécurité sociale) crée une contribution personnelle à la charge des retraités, assise sur les rentes qu'ils perçoivent au titre des régimes de retraite supplémentaires aléatoires (les régimes chapeau). Ainsi, au regard de l'impôt sur le revenu – le revenu pris en compte étant spécifiquement celui perçu au titre d'avantages de retraite – certains contribuables

sont assujettis à une contribution personnelle, alors que d'autres ne le sont pas. L'assujettissement est indifférent au montant des revenus dès lors que, à même niveau global de revenus de retraite, le retraité ne percevant que des pensions de la Sécurité sociale, de l'ARCCO et de l'AGIRC ou le retraité de la fonction publique ne sera pas débiteur de la contribution, alors que celui dont une partie des revenus de retraite proviendra d'un régime chapeau le sera. La rupture d'égalité apparaît flagrante. L'article L. 137-11-1 pourrait être jugé contraire à la Constitution.

14 - L'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale exonère de charges sociales les contributions versées par l'entreprise destinées au financement des régimes de prévoyance (collectifs et obligatoires) dans la limite d'un plafond prédéterminé. L'exonération induit qu'en principe ces contributions auraient dû être assujetties, ce qui suppose de considérer que, conformément au premier alinéa de l'article L. 242-1, elles puissent être considérées comme des « *sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail* ».

Or, tel n'est manifestement pas le cas. La prime d'assurance versée par l'entreprise finance un contrat d'assurance souscrit par l'entreprise en garantie d'engagement pris par elle ; elle n'est pas déterminée en fonction de la situation individuelle de chaque salarié mais en fonction du risque collectif. Autrement dit, et sans doute à l'inverse de la contribution patronale au financement d'un régime de retraite (à cotisations définies) qui caractérise un versement au profit de chaque salarié (bénéficiaire), la contribution patronale au financement de la prévoyance n'est pas du salaire, de telle sorte que le principe même de son assujettissement est contestable. En conséquence, la disposition légale plafonnant l'exonération a pour effet induit de porter atteinte au droit constitutionnel de propriété.

15 - Le domaine d'intervention de la QPC en matière sociale est très large. À terme, se poseront les questions de la nature et de la composition du Conseil constitutionnel dont on mesure que son évolution vers une instance juridictionnelle suprême apparaît inéluctable. Au final, la déception mesurée parfois exprimée peut laisser place à un optimisme raisonnable.

**MOTS-CLÉS :** Contentieux du travail - Procédure - Question prioritaire de constitutionnalité - Protection sociale

**TEXTES :** Constitution 4 oct. 1958, art. 61-1

**JURISCLASSEUR :** Libertés, Fasc. 210, par Thierry di Manno. – Droit administratif, Fasc. 1410, par Michel Verpeaux et Fasc. 1440, par Vincent Tchen

6. L'arrêt de la CJUE du 12 octobre 2010 (aff. C-499/08) adopte une approche subjective (V. JCP S S 2010, 1481, note J. Cavallini).

7. Cons. const., déc. 29 déc. 1983, n° 83-164 DC.

8. Cons. const., déc. 29 déc. 1984, n° 84-186 DC.

9. Cons. const., déc. 3 juill. 1986, n° 86-209 DC.

10. Cons. const., déc. 28 déc. 1990, n° 90-285 DC.



Vous êtes ici > Accueil > Français > Les décisions > Accès par date > 2011 > 2011-167 QPC

## Décision n° 2011-167 QPC du 23 septembre 2011

### M. Djamel B. [Accident du travail sur une voie non ouverte à la circulation publique]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 juin 2011 par la Cour de cassation (deuxième chambre civile, arrêt n° 1474 du 30 juin 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Djamel B., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour le requérant par Me Aymeric Beauchêne, avocat au barreau du Val-de-Marne, enregistrées les 22 juillet et 8 août 2011 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 22 juillet 2011 ;

Vu les observations produites pour la caisse primaire d'assurance maladie de la Seine-Saint-Denis par la SCP Gatineau-Fattaccini, enregistrées le 22 juillet 2011 ;

Vu les observations produites en intervention pour la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés par Me Dominique Foussard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 22 juillet 2011 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Beauchêne, pour le requérant, Me Bruno Odent, pour la société Axa Corporate Solutions, Me Jean-Jacques Gatineau, pour la caisse primaire d'assurance maladie de la Seine-Saint-Denis, Me Foussard, pour la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 13 septembre 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale : « La victime, ou ses ayants droit et la caisse peuvent se prévaloir des dispositions des articles L. 454-1 et L. 455-2 lorsque l'accident défini à l'article L. 411-1 survient sur une voie ouverte à la circulation publique et implique un véhicule terrestre à moteur conduit par l'employeur, un préposé ou une personne appartenant à la même entreprise.

« La réparation complémentaire prévue au premier alinéa est régie par les dispositions de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation » ;

2. Considérant que le requérant fait grief à ces dispositions de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi et au principe de responsabilité en ce qu'elles limitent l'indemnisation complémentaire en application de la loi du 5 juillet 1985 susvisée au seul cas dans lequel l'accident du travail qui constitue en même temps un accident de la circulation survient sur une voie ouverte à la circulation publique ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu

que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

4. 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 oeuvre 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 une atteinte disproportionnée ni aux droits des victimes d'actes fautifs ni au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

5. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées limitent l'application de la loi du 5 juillet 1985 susvisée aux seuls cas dans lesquels l'accident du travail constituant un accident de la circulation survient sur une voie ouverte à la circulation publique et imposent, par conséquent, que les accidents du travail impliquant un véhicule terrestre à moteur ne circulant pas sur une telle voie soient soumis aux seules dispositions du code de la sécurité sociale applicables aux accidents du travail ; que le législateur a ainsi entendu établir une distinction entre les risques, selon qu'ils sont essentiellement liés à l'exercice de la profession ou à la circulation automobile ; que la différence de traitement qui découle des modalités d'indemnisation du préjudice de la victime est fondée sur un critère en lien direct avec l'objet de la loi ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être rejeté ;

6. Considérant, en second lieu, que, dans sa décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 susvisée, le Conseil constitutionnel a jugé que, sous la réserve énoncée au considérant 18 de cette décision, les articles L. 451-1 et L. 452-2 à L. 452-5 du code de la sécurité sociale, relatifs au régime d'indemnisation des accidents du travail, ne méconnaissent pas le principe de responsabilité ; que, par suite, en soumettant l'indemnisation du salarié victime d'un accident de la circulation survenu sur une voie non ouverte à la circulation publique au régime des accidents du travail prévu par le code de la sécurité sociale, à l'exclusion des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 susvisée, les dispositions contestées ne portent pas davantage atteinte à ce principe ;

7. Considérant que l'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :

Article 1er.- L'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale est conforme à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 22 septembre 2011, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 23 septembre 2011.

Journal officiel du 24 septembre 2011, p. 16017 (@ 77)

# La QPC et le droit syndical

Rachid BRIHI,

avocat associé, cabinet Grumbach et associés



**Le droit syndical a déjà été investi par la QPC. Peut-il devenir le terrain de nouvelles controverses juridiques ? La QPC peut-elle se révéler un instrument pertinent pour remettre le droit syndical au cœur des relations collectives de travail notamment à la lumière des grands principes issus des jurisprudences française, européenne et internationale ?**

1 - Si la réforme constitutionnelle opérée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a été saluée comme une avancée démocratique, elle n'en suscite pas moins quelques inquiétudes quant aux risques de voir un nouveau juge s'ériger en « censeur » dans le champ des relations sociales.

Si les constitutionnalistes peuvent se réjouir de cette nouvelle controverse juridique et philosophique autour d'un Conseil constitutionnel « New look », à la mode de la Cour suprême américaine, les travaillistes demeurent plus prudents sur les risques, à terme, d'une « judiciarisation » croissante des relations sociales, d'autant plus inquiétante qu'elle ferait intervenir un juge qui reste éloigné des enjeux réels du dialogue social. Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui la QPC constitue un instrument procédural intéressant pour revisiter ces strates législatives qui se sont empilées durant les cinquante dernières années à la lumière des principes fondamentaux de notre République dite « sociale » (selon le préambule de 1946).

Pour les praticiens, la QPC ne pourrait-elle pas alors se transformer en cheval de Troie d'une refondation du droit des relations collectives : poser une question en apparence anodine et attendre une réponse d'une portée parfois redoutable... Si l'on s'inscrivait dans une démarche prospective, on pourrait imaginer deux QPC probablement crédibles mais dont les réponses resteraient incertaines.

## 1. Le privilège de représentativité accordé à un syndicat catégoriel est-il (toujours) conforme à la constitution ?

2 - Si le Conseil constitutionnel, par sa décision en date du 7 octobre 2010, a répondu, en partie, à cette question, reste un volet de la discussion qui n'a peut-être pas été tranché<sup>1</sup>. En effet, le contentieux ayant donné lieu à QPC opposait un syndicat FO à une entreprise dans laquelle le syndicat CFE-CGC bénéficiait de la règle fixée à l'article L. 2122-2 du Code du travail (représentativité appréciée dans

le collège des cadres pour les syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale). Dans cette situation, l'article L. 2122-2 a été déclaré conforme à la Constitution aux motifs que le syndicat en cause, en tant que syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale (la CFE-CGC), ne se trouve pas dans la même situation que les autres organisations syndicales. Le conseil en a déduit que le législateur pouvait « instituer une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi » (appréciation du seuil de 10 % calculé dans les seuls collèges dans lesquels un syndicat catégoriel a vocation à présenter des candidats).

3 - Mais qu'en serait-il de la constitutionnalité de l'article L. 2112-2 s'agissant d'une rupture dans l'égalité de traitement entre syndicats catégoriels ? On pourrait légitimement s'interroger sur une configuration conflictuelle différente de celle examinée par le conseil dans sa décision du 7 octobre 2010 : un syndicat catégoriel à qui ses statuts donneraient vocation à ne présenter des candidats que dans un seul collège électoral mais sans être affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale serait-il en droit de se plaindre d'une différence de traitement portant atteinte au principe d'égalité ? L'interrogation demeure en effet de savoir si le législateur pouvait valablement, au regard de ce principe fondamental, différencier les syndicats catégoriels entre eux selon qu'ils sont affiliés ou pas à une confédération interprofessionnelle nationale. Or, l'on voit mal comment cette différence de traitement entre syndicats catégoriels serait « en lien direct avec l'objet de la loi » dès lors que la décision du conseil dans l'affaire concernant FO trouve son fondement dans la différence entre un syndicat catégoriel et un syndicat non catégoriel.

En somme, le législateur pouvait-il discriminer les syndicats catégoriels entre eux sur la seule base de leur affiliation à l'unique confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale existant en France (la CFE-CGC), ce qui revenait à contraindre *de facto* tous les syndicats catégoriels à s'y affilier pour bénéficier de l'avantage non négligeable d'une représentativité appréciée au niveau d'un seul collège ?

1. Cons. const. déc., 7 oct. 2010, n° 2010-42 QPC : JO 8 oct. 2010.

## 2. Le critère de la représentativité syndicale tiré de l'audience électorale est-il (toujours) conforme à la Constitution ?

4 - Si l'on sait que le Conseil constitutionnel a également, par sa décision du 12 novembre 2010, répondu en partie à la question (en déclarant constitutionnel l'article L. 2122-1 en se référant, du reste, à sa précédente décision du 7 octobre 2010)<sup>2</sup>, il n'en demeure pas moins qu'une question mérite d'être reformulée à la lumière d'une distinction majeure dans le droit de la négociation collective depuis la loi du 20 août 2008. En effet, si l'on peut admettre le vœu du législateur, entériné par le Conseil constitutionnel, « d'éviter la dispersion de la représentation syndicale » en fixant un seuil d'audience électorale pour désigner les organisations syndicales représentatives et réserver à ces dernières le droit à la négociation collective, il n'empêche qu'une contradiction significative pourrait justifier une nouvelle QPC.

Reserver la capacité de conclure l'accord collectif de travail aux seules organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 10 % des suffrages (*C. trav., art. L. 2122-1*) devrait être distingué du droit de participer à la négociation collective. Dès lors que la loi du 20 août 2008 a voulu aménager les conditions d'une compétition loyale entre les syndicats, notamment en permettant à ceux qui ne sont pas encore représentatifs d'accéder à ce « club fermé » en développant une activité syndicale par le biais du RSS (créé pour les besoins de cette cause !), n'est-il pas contradictoire de les exclure de la table des négociations ? Quatre facteurs militeraient en faveur de cette distinction :

- la **démocratie sociale** obligerait à laisser s'exprimer tous les points de vue et à faire valoir les intérêts collectifs diversifiés des salariés, même lorsqu'ils sont portés par des organisations minoritaires ;

- la jurisprudence du Conseil constitutionnel : dans sa décision n° 96-383 du 6 novembre 1996 (à propos de la future loi du 12 novembre 1996 relative au CEE et surtout au « développement de la négociation collective » sic !), le considérant n° 8 énonce : « ces dispositions (6<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> alinéas du préambule de 1946) confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de

la négociation collective, la défense des droits et intérêts des salariés... »<sup>3</sup> ;

- le risque d'être en infraction avec l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (liberté syndicale) tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg dans son arrêt du 12 novembre 2008 par lequel le juge des droits de l'homme érige le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur au rang des **éléments essentiels de la liberté syndicale**<sup>4</sup>, principe repris par la chambre sociale de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 14 avril 2010, retient la même formule (« le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats »)<sup>5</sup> ;

- la mise en cohérence avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>6</sup> selon laquelle les syndicats représentatifs qui ne peuvent pas signer l'avenant de révision doivent néanmoins être invités à participer à la négociation de cet avenant.

Qu'en serait-il alors de la constitutionnalité de l'article L. 2122-1 si la question posée au « juge » constitutionnel était désormais la suivante : l'article L. 2122-1 du Code du travail est-il conforme à la Constitution en ce qu'il méconnaît la liberté syndicale également entendue comme le droit de participer à la négociation collective d'entreprise distinctement de la capacité à engager les salariés par la conclusion d'un accord issu de ladite négociation ?

En conclusion, il est probable que dans l'avenir, il faudra compter avec un nouvel acteur dans la régulation normative du droit des relations collectives du travail ; le Conseil constitutionnel pourrait alors jouer un rôle de « juge-orchestre » chargé de mettre en harmonie des règles diverses ainsi que leurs interprétations prétorienne.

**MOTS-CLÉS :** Contentieux du travail - Procédure - Question prioritaire de constitutionnalité - Syndicats - Droit syndical

**TEXTES :** Constitution, art. 61-1. - L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 29. - Ord. org. 7 nov. 1958, art. 23-1 à 23-3 créés par L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009

**JURISCLASSEUR :** Libertés, Fasc. 2010, par Thierry di Manno. - Droit administratif, Fasc. 1410, par Michel Verpeaux ; Fasc. 1440, par Vincent Tchen. - Travail Traité, 1-10, par Laurent Drai

2. Cons. const. déc. 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC : JO 13 nov. 2010.

3. Cons. const. déc. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : JO 13 nov. 1996.

4. CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie.

5. Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 09-60.426.

6. Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-17.231 : JurisData n° 2002-013730.

Informations de mise à jour

**LOI n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (1)**

▶ **TITRE VII : OFFRE ET ORGANISMES DE FORMATION**

**Article 54**

Sont apportés en pleine propriété à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, au 1er avril 2010, les biens appartenant à l'Etat mis à sa disposition dans le cadre de son activité dont la liste est fixée par décret.

Ceux des biens qui appartiennent au domaine public sont déclassés à la date de leur apport. Cet apport en patrimoine s'effectue à titre gratuit et ne donne lieu à aucune indemnité ou perception de droits ou de taxes ni à aucun versement de salaire ou honoraires au profit de l'Etat ou de ses agents.

Cité par:

Décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010 - art. 1, v. init.

Décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010 - art., v. init.

# Conseil constitutionnel

Décision n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010

NOR : CSCX1032702S

(RÉGION CENTRE ET RÉGION POITOU-CHARENTES)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 22 septembre 2010 et le 19 octobre 2010 par le Conseil d'Etat (décisions n° 326332 du 22 septembre 2010 et n° 342916 du 18 octobre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, de deux questions prioritaires de constitutionnalité posées, respectivement, par la région Centre et la région Poitou-Charentes, portant sur la conformité de l'article 54 de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code du travail ;

Vu la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour la région Centre par la SCP Seban et associés, avocat au barreau de Paris, enregistrées les 13 et 28 octobre et 24 novembre 2010 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées les 14 octobre et 10 novembre 2010 ;

Vu les observations produites par la région Poitou-Charentes, enregistrées les 10 et 24 novembre 2010 ;

Vu les observations en intervention produites pour l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes par M<sup>es</sup> Gilles Bigot et Frédéric Scanvic, avocats au barreau de Paris, enregistrées le 16 novembre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes aux dossiers ;

M<sup>es</sup> Didier Seban et Alexandre Vandepoorter pour la région Centre, M<sup>e</sup> Scanvic pour l'AFPA et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 7 décembre 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les deux questions transmises par le Conseil d'Etat portent sur la même disposition législative ; qu'il y a donc lieu de les joindre pour y répondre par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 54 de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie : « Sont apportés en pleine propriété à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, au 1<sup>er</sup> avril 2010, les biens appartenant à l'Etat mis à sa disposition dans le cadre de son activité dont la liste est fixée par décret.

« Ceux des biens qui appartiennent au domaine public sont déclassés à la date de leur apport. Cet apport en patrimoine s'effectue à titre gratuit et ne donne lieu à aucune indemnité ou perception de droits ou de taxes ni à aucun versement de salaire ou honoraires au profit de l'Etat ou de ses agents » ;

3. Considérant que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ;

4. Considérant que, par l'article 53 de la loi du 24 novembre 2009 susvisée, le législateur a retiré à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes une partie des missions de service public qu'elle exerçait afin de la mettre en conformité avec les règles de concurrence résultant du droit de l'Union européenne ; que, par l'article 54 contesté, il a prévu le transfert à cette association des biens mis à sa disposition par l'Etat ;

5. Considérant, d'une part, que la disposition contestée procède au transfert à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, à titre gratuit et sans aucune condition ou obligation particulière, de biens immobiliers appartenant à l'Etat ; que, d'autre part, ni cette disposition ni aucune autre applicable au transfert des biens en cause ne permet de garantir qu'ils demeureront affectés aux missions de service public

qui restent dévolues à cette association en application du 3° de l'article L. 5311-2 du code du travail ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs invoqués par les collectivités requérantes, la disposition contestée méconnaît la protection constitutionnelle de la propriété des biens publics et doit être déclarée contraire à la Constitution,

Décide :

**Art. 1<sup>er</sup>.** - L'article 54 de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie est déclaré contraire à la Constitution.

**Art. 2.** - La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 16 décembre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

*Le président,*  
JEAN-LOUIS DEBRÉ



Dépêche n°142611

Paris, Vendredi 17 décembre 2010 18:20:46

Christophe Marty

Domaine : **Formation professionnelle**Rubriquage : **Actualité - Marché de la formation - Pouvoirs publics - Collectivités territoriales**

## **Afpa : le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution le transfert à l'association des biens appartenant à l'État**

L'article 54 de la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie est « contraire à la Constitution » décide le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010. Cet article prévoit le transfert à l'Afpa, « à titre gratuit et en pleine propriété, des biens appartenant à l'État et mis à disposition [de l'association] dans le cadre de son activité ». Cette décision a immédiatement entraîné des réactions de la région Centre et de l'ARF (Association des régions de France) qui se rejoignent pour réclamer le transfert des biens de l'association appartenant à l'État vers les régions. Contacté par AEF, Philippe Cailla, le directeur général de l'Afpa, accueille sereinement la décision du Conseil constitutionnel qui, pour lui, confirme « le lien entre l'État et l'Afpa ». Le transfert des biens de l'État à l'Afpa est effectif depuis le 1er avril 2010.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'État, « dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution », de deux QPC (questions prioritaires de constitutionnalité) déposées par la région Centre et la région Poitou-Charentes. Les deux régions souhaitaient que le Conseil d'État fasse appliquer l'article 54 de la loi du 24 novembre 2009 de sorte que soient « transférés à [leur] profit la propriété des biens mobiliers et immobiliers » de l'Afpa (AEF n°140463).

Dans le communiqué accompagnant sa décision, le Conseil constitutionnel relève que « la disposition attaquée procédait à un transfert de biens immobiliers appartenant à l'État, à titre gratuit et sans aucune condition ou obligation particulière ». Ce faisant, aucune disposition de cet article ne permet « de garantir que ces biens demeureront affectés au service public. Dès lors, ces dispositions méconnaissent la protection constitutionnelle des biens publics », juge la cour suprême.

### **NOUVELLE DISPOSITION LÉGISLATIVE A PRENDRE POUR L'ARF**

Dans un communiqué diffusé ce 17 décembre, l'ARF (Association des régions de France) déclare « prendre acte de l'invalidation par le Conseil constitutionnel de l'article 54 de la loi de formation professionnelle du 24 novembre 2009 ». Elle demande que soit prise « une nouvelle disposition législative faisant entrer le transfert de compétence de la commande publique à l'Afpa dans le droit commun des transferts de compétence qui doivent être accompagnés de la mise à disposition des biens permettant d'exercer cette compétence ».

Pour l'association des régions, « les biens appartenant à l'État mis à la disposition de l'Afpa doivent être transférés de plein droit et en pleine propriété, à titre gratuit, aux régions qui en font la demande, ou mis à disposition des autres ». Ce transfert ou cette mise à disposition permettront, « dans le cadre d'une gestion de la raréfaction de financements publics, d'optimiser la gestion du patrimoine immobilier de l'Afpa, d'en assurer la réhabilitation et la mise aux normes et d'organiser des mutualisations avec d'autres organismes de formation ».

### **LE CENTRE RÉCLAME LE TRANSFERT**

Cette position est partagée par le conseil régional du Centre. Dans un communiqué, ce dernier se réjouit d'une « décision historique » qui confirme « le rôle majeur de la région dans le domaine de la formation professionnelle ». Pour la région, « le Conseil constitutionnel a jugé que le transfert du patrimoine immobilier à l'Afpa est anticonstitutionnel dès lors que ce sont les régions qui exercent la compétence en matière de formation professionnelle et de formation tout au long de la vie ».

Au final, « la région Centre prend acte de cette décision qui valide sa démarche et sa position et réclame avec force que lui soit transféré le patrimoine de l'Afpa afin d'en garantir, dans le cadre public, une meilleure gestion au service des citoyens demandeurs de formations qualifiantes ».

## **MAINTIEN DE LA RELATION AVEC L'ÉTAT POUR L'AFPA**

Du côté de l'Afpa, le directeur général, Philippe Caïla, accueille la décision de la cour suprême avec sérénité mais avec une interprétation différente des régions. « De fait et de droit, le Conseil constitutionnel maintient le lien entre l'Afpa et l'État de par la propriété du patrimoine. » Il note que cette QPC « relance la balle du côté de l'État qui va maintenant devoir se positionner et définir ce qu'il souhaite faire » de l'Afpa. Le directeur général souligne également que, du fait de cette décision, l'État va devoir « clarifier sa position sur la question de l'entretien du patrimoine de l'association qui se dégrade. »

Interrogé sur les éventuelles implications que cette décision pourrait avoir sur la mise en œuvre et la poursuite du plan stratégique de l'Afpa, Philippe Caïla répond que « le plan stratégique (1) n'a volontairement pas intégré les effets de la dévolution du patrimoine dans le redressement des comptes de l'association ». Il convient toutefois que l'État, de son côté, avait « acté cette dévolution ». Une décision qui a eu pour conséquence d'entraîner la fin des subventions destinées à l'entretien du patrimoine dès 2010. Un retrait compensé en grande partie par un « effort supplémentaire de l'Afpa en la matière ».

*(1) Interne à l'Afpa, le plan stratégique couvre la période 2010-2014.*

**Cette dépêche fait partie du dossier suivant :**

- Réforme de la formation professionnelle

Vous y retrouverez l'ensemble des dépêches sur le sujet.

**Lire aussi dans les dépêches :**

- Transfert du patrimoine de l'Afpa aux régions : Le Conseil constitutionnel saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité  
AEF du Mercredi 10 novembre 2010, n° 140463
- « Nous avons désormais pour tâche de construire la nouvelle Afpa » (Philippe Caïla)  
AEF du Vendredi 23 avril 2010, n° 130909
- Afpa : une assemblée générale extraordinaire le 23 avril 2010 pour répondre aux interrogations du CCE sur l'avenir de l'association  
AEF du Jeudi 8 avril 2010, n° 130148
- Transfert du patrimoine de l'Afpa : le projet de décret sera réexaminé par le CNFPTLV réuni en séance plénière le 21 avril 2010  
AEF du Lundi 29 mars 2010, n° 129590

# La QPC sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ?

Arnaud TEISSIER,

docteur en droit, avocat associé – Capstan

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) offre au justiciable un nouveau moyen de procédure qui peut influencer le cours du procès. Le temps, mais aussi l'issue du procès peuvent être chahutés par l'examen d'une QPC qui s'impose en priorité. La QPC est un instrument de procédure atypique puisque ses effets sont de nature à dépasser la seule instance à l'occasion de laquelle elle sera évoquée. Les stratégies judiciaires doivent être affûtées en conséquence.

**1 - Article 61-1 de la Constitution :** « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. ».

Depuis un an désormais, la question prioritaire de constitutionnalité est une réalité. Pour le citoyen justiciable, le temps n'est donc plus de savoir si l'adoption de ce nouveau mécanisme est, sur le plan institutionnel, sur le plan des principes, un progrès ou un danger. De façon pragmatique, la question est désormais de savoir si le recours à la QPC offre des chances de succès (plus de chances de succès) à l'action contentieuse initiée. Au-delà, la consécration de la QPC conduit à s'interroger sur les nouvelles stratégies judiciaires que ce nouvel outil va faire apparaître.

## 1. Le recours à la QPC : quel intérêt pour le justiciable ?

**2 -** La QPC peut conduire à voir reconnaître inconstitutionnelle une disposition légale qui est au cœur du litige porté devant le juge. La disposition jugée inconstitutionnelle ne peut plus être opposée et aura par conséquent un effet immédiat et direct sur l'issue du contentieux.

### A. - La QPC et le temps judiciaire

**3 -** L'éclairage porté sur la QPC à l'occasion de procès récents très médiatisés a conduit à mettre en avant les effets dilatoires qu'ouvrirait cette nouvelle procédure. Il serait pourtant dommage de réduire l'intérêt de la QPC à cette seule motivation.

#### 1° La QPC, un instrument au service de pratiques dilatoires ?

**4 -** L'engagement d'une QPC permet incontestablement d'envisager de retarder le temps du procès. Par principe, l'examen d'une QPC est prioritaire. Par conséquent, si le juge du fond (puis ou la Cour de cassation ou le Conseil d'État) décide de transmettre la question qui est soulevée, l'examen de la QPC entraîne la suspension de

l'instance en cours. Toutefois, réduire le recours à la QPC à une intention dilatoire serait incontestablement faire un faux procès à ce nouveau dispositif. Un certain nombre de garde-fous protègent de cette dérive.

**5 -** La suspension (donc le « gain de temps ») est loin d'être automatique pour celui qui invoque une QPC. Elle suppose de passer les « filtres », c'est-à-dire de convaincre le juge du fond, puis les juges suprêmes de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel. L'effet dilatoire n'est donc pas acquis au plaideur.

**6 -** En tout état de cause, l'effet dilatoire ne peut être que relatif. Pour garantir l'efficacité de la QPC et se préserver de pratiques uniquement dilatoires, le législateur a strictement encadré le temps de la procédure dans des délais résolument et volontairement courts. Chaque étape de la procédure menant à un éventuel examen de la QPC soulevée se trouve contrainte dans le temps :

- lorsqu'une QPC est soulevée devant le juge du fond, ce dernier statue « sans délai » sur la décision de transmettre ou non la QPC au juge suprême ;

- la transmission de la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation doit intervenir dans un délai de **8 jours** ;

- le Conseil d'État ou la Cour de cassation statue dans un délai de **3 mois** sur le renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel ;

- dès lors que le Conseil est saisi d'une QPC, la décision doit intervenir dans un délai de **3 mois**.

Ainsi, les délais de procédure qui ponctuent le cheminement d'une QPC pourront seulement retarder le temps du procès d'une durée maximale d'environ six mois.

**7 -** Au-delà, si l'engagement d'une procédure de QPC entraîne en principe la suspension du procès, le législateur a défini des exceptions autorisant à déroger au sursis à statuer :

- la juridiction **doit** décider de ne pas surseoir à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ;

- la juridiction **peut** décider de ne pas surseoir à statuer si elle est tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence. Cette situation concernera principalement le juge des référés puisque l'urgence est une condition de sa compétence.

Ces hypothèses constituent autant de mesures de nature à chasser l'intention dilatoire.

8 - Enfin, tout plaideur sait qu'il convient de manier les arguments de procédure avec précaution et, encore plus, avec parcimonie. L'incident de procédure doit être consistant. À défaut, le plaideur sera suspecté de vouloir masquer un dossier faible au fond.

## 2° La QPC, un accélérateur de temps ?

9 - Il ne fait pas de doute qu'il peut être fait recours (qu'il sera fait recours) à la QPC à des fins dilatoires. Toutefois, il serait disproportionné et peu conforme à la réalité de réduire l'intérêt du recours à la QPC à cette seule motivation. En réalité, la QPC va rapprocher la décision judiciaire de l'événement justifiant l'instance qui porte la QPC. Le justiciable peut espérer une décision définitive (c'est-à-dire tranchée par le plus haut degré de juridiction), sur la problématique circonscrite par la QPC, dans un délai de six mois. De tels délais de recours sont inimaginables dans un procès « classique ». La QPC offre donc un effet immédiat, très éloigné des délais de procédure que le justiciable doit généralement subir. Ainsi, plutôt que d'être un instrument dilatoire, la QPC se présente comme un accélérateur de temps. En matière sociale, est souvent reproché à la jurisprudence son caractère rétroactif, mais aussi le décalage que le temps du procès impose en s'intercalant longuement entre les événements et la chose jugée. La QPC peut permettre d'offrir, dans certaines circonstances, une réponse judiciaire efficace à ces critiques justifiées.

## B. - La QPC et le succès judiciaire

10 - Nombreux sont ceux qui doutent de l'intérêt de la QPC, considérant que les chances de voir aboutir une QPC sont faibles.

### 1° L'attitude du juge

11 - Il n'est pas contestable que les filtres pourront s'avérer être une barrière efficace. La volonté des juges du fond et la politique de la Cour de cassation et du Conseil d'État en matière de QPC seront d'ailleurs déterminantes du succès de la QPC. Les bouleversements institutionnels que peut emporter, à moyen terme, le développement de la QPC, a clairement une influence sur le traitement actuel des QPC. Sans ambiguïté, par exemple, la Cour de cassation a affiché de concrètes réserves à l'égard de la QPC. La Cour marque, en particulier, une vraie réticence, à considérer qu'une QPC puisse porter sur l'interprétation jurisprudentielle que livre le juge suprême d'une disposition législative. Cette approche de la Cour de cassation diminue *de facto*, pour le justiciable, les chances que la QPC soit transmise au Conseil constitutionnel.

### 2° L'attitude du plaideur

12 - Certains pourraient être tentés d'avoir recours à la QPC de façon systématique, considérant que même si l'on ne gagne pas souvent en soulevant une QPC, on ne perd rien en l'invoquant. Toutefois, la QPC n'est pas un incident de procédure comme les autres. Les stratégies judiciaires doivent être adaptées en conséquence.

13 - Invoquer des QPC comme une « clause de style », dans chaque affaire, fait peser le risque pour l'avocat de perdre à terme une partie de sa crédibilité auprès des magistrats qui sont ses interlocuteurs réguliers. La QPC est un incident de procédure technique. Il est difficile d'imaginer sérieusement que chaque dossier, chaque problématique juridique, permettra de faire émerger une QPC.

Au surplus, si la QPC est utilisée de façon pavlovienne, le plaideur court le risque de ne pas être entendu et écouté lorsqu'une QPC consistante sera soulevée.

14 - Soulever une QPC est engageant, bien au-delà du dossier en cause. Il convient par conséquent de mesurer les effets que la décision peut avoir de façon plus large. L'effet bénéfique et immédiat pour le dossier en cause peut s'avérer néfaste dans de nombreuses autres situations. Il est donc indispensable d'avoir une vision « politique » de

la QPC. La dimension politique de la QPC en fera certainement, en matière sociale, un instrument privilégié des syndicats. Ces derniers ont d'ailleurs d'ores et déjà investi le terrain de la QPC. Il conviendrait que les organisations patronales leur emboîtent le pas.

15 - Au surplus, lorsque l'on soulève une QPC, et qu'elle fait l'objet d'un examen devant le Conseil constitutionnel, il n'est plus possible de soulever une nouvelle QPC sur cette même disposition. Cette dernière est « purgée » de toute opportunité de QPC. Le Conseil constitutionnel est réputé avoir procédé à un contrôle intégral de constitutionnalité de la disposition déferée, au-delà des moyens soulevés par les parties.

Même si le Conseil constitutionnel est réputé procéder à un examen exhaustif de constitutionnalité, il ne fait pas de doute que la qualité de l'argumentation des parties pourra être déterminante. Il convient donc de veiller à ne pas « gâcher » une opportunité de QPC qui serait avancée de manière précipitée et pas assez préparée.

## 2. Que peut-on contester à travers une QPC ?

16 - L'examen statistique des QPC déjà soulevées depuis un an démontre que les spécialistes du droit pénal et du droit fiscal se sont largement appropriés ce nouvel outil de procédure. Le droit social n'y est pas absent mais témoigne d'une certaine retenue de la part des praticiens de la matière. En effet, le droit social ouvre, en théorie, un immense champ des possibles. Il constitue un terrain sur lequel s'opposent des libertés fondamentales qu'il convient de concilier ou réconcilier :

- la clause de non-concurrence recherche l'équilibre entre la liberté du travail et la liberté d'entreprendre ;

- le Conseil constitutionnel a déjà rappelé en matière de licenciement pour motif économique que la nécessaire protection du droit au travail pour le salarié ne doit pas autoriser une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre<sup>1</sup> ;

- la priorité de réembauchage est-elle proportionnée à la liberté de choisir son cocontractant ?

Le droit social paraît offrir un terreau favorable aux opportunités de QPC.

## A. - La QPC doit viser une disposition législative

### 1° La disposition législative invoquée doit directement concerner le litige

17 - L'objet de la QPC doit être circonscrit à la ou aux dispositions législatives qui concernent le litige engagé. La QPC ne peut avoir pour objet la loi dans son intégralité : il n'est pas possible de soulever l'inconstitutionnalité d'un texte de loi dans son ensemble. Il est donc indispensable de clairement circonscrire dans la QPC la ou les dispositions législatives pertinentes. Il n'est pas possible d'envisager d'obtenir l'annulation d'une loi dans son ensemble en critiquant une de ses dispositions.

La QPC étant un incident de procédure, la disposition litigieuse doit avoir un lien avec la question juridique débattue lors du procès en cours.

### 2° La QPC ne peut pas viser de dispositions réglementaires

18 - L'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009 circonscrit la QPC à l'examen d'une « disposition législative ». Par conséquent, à travers la QPC, le champ du contrôle peut être étendu aux

1. Le Conseil constitutionnel a censuré le législateur (*Cons. const.*, déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC relatif à la loi de modernisation sociale, art. 107 : JO 18 janv. 2002, p. 1053) considérant que ce dernier avait encadré de façon trop restrictive le motif économique de licenciement.

actes de valeur législative, mais seulement aux actes de nature législative. Sont donc exclus du périmètre de la QPC, par exemple, les actes de nature réglementaire. Toutefois, la question de l'étanchéité entre les domaines relevant du législateur et ceux attribués au pouvoir réglementaire n'est pas parfaitement réglée. La frontière entre ce qui relève du domaine législatif et du domaine réglementaire ne semble pas être toujours clairement établie<sup>2</sup>. Ainsi, lors de la recodification du Code du travail, les « recodificateurs » se sont autorisés quelques libertés, notamment en « transférant » des articles de la partie « L »<sup>3</sup> vers la partie « R » ou « D »<sup>4</sup>. Ce « tour de passe-passe », validé au final par le législateur, a aujourd'hui des conséquences concrètes sur la possibilité d'invoquer une QPC à l'encontre de certaines dispositions du Code du travail.

Il n'est pas possible de soulever une QPC à l'encontre d'une disposition réglementaire au motif que cette dernière relèverait plus sûrement du domaine législatif. En effet, la QPC ne peut pas porter sur la question du respect du périmètre législatif ou réglementaire<sup>5</sup>. En revanche, on peut s'attendre à une multiplication des contentieux visant à ce que le périmètre exact de la loi soit respecté :

- l'article 37, alinéa 2, de la Constitution organise la possibilité de faire déclasser la loi qui s'est aventurée sur un terrain réservé au pouvoir réglementaire ; ce contentieux relève de la compétence du Conseil constitutionnel, mais pas au titre de la QPC ;

- à l'inverse, si le règlement déborde sur le périmètre réservé au législateur, le Conseil d'État pourra être saisi pour corriger cette inversion.

S'il n'est pas possible d'engager une QPC à l'encontre d'une disposition réglementaire au seul motif qu'elle empiète sur le domaine législatif, il est possible d'envisager une QPC en se prévalant de la compétence négative du Conseil constitutionnel. L'objet de la QPC sera de faire valoir que la loi n'est pas suffisamment précise et est donc inconstitutionnelle, précisément parce qu'elle a abandonné au pouvoir réglementaire le soin de fixer les contours du droit ou de la liberté en cause.

## B. - L'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative peut-elle être l'objet d'une QPC ?

19 - La Cour de cassation et le Conseil d'État ont manifesté de réelles réticences à l'égard de la QPC. Progressivement, le Conseil constitutionnel tente de vaincre ces résistances. Toutefois, le conflit qui est apparu entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation a imposé une modification de la loi organique, en faveur du Conseil constitutionnel. Désormais, le premier Président de la Cour de cassation est dépossédé du pouvoir qui lui était réservé de trancher les QPC, au profit directement de chaque chambre.

### 1° L'offensive du Conseil constitutionnel

20 - Le Conseil constitutionnel s'attache à promouvoir la QPC et à favoriser son efficacité. Dans cette perspective, il a clairement jugé qu'une QPC pouvait porter, au-delà de la seule disposition législative, sur l'interprétation jurisprudentielle de ladite disposition. Le principe est énoncé sans ambiguïté : « en posant une QPC, tout justiciable a

le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »<sup>6</sup>.

Permettre que la QPC puisse viser l'interprétation faite par la jurisprudence d'une disposition législative est de nature à ouvrir un vaste champ d'investigation en matière sociale. Pour l'heure, la Cour de cassation ne semble pas très encline à soumettre sa jurisprudence à l'examen du Conseil constitutionnel à travers la QPC. Toutefois, il ne fait pas de doute que cet élargissement va progressivement s'imposer.

### 2° Un vaste terrain d'investigation en matière sociale

21 - Deux décisions récentes de la chambre sociale de la Cour de cassation illustrent concrètement le degré d'exposition à la QPC :

- Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2011<sup>7</sup>, la Cour de cassation a gravement amputé la faculté pour un employeur d'invoquer une cessation d'activité pour justifier un licenciement économique. Désormais, selon la chambre sociale, « lorsque le salarié a plusieurs coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité ». Pourtant, dans sa décision du 12 janvier 2002<sup>8</sup>, le Conseil constitutionnel avait censuré la loi de modernisation sociale pour avoir abandonné la possibilité d'invoquer une cessation d'activité comme motif économique de licenciement. Pour le Conseil constitutionnel, une telle approche était constitutive d'une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre.

- Dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> février 2011<sup>9</sup>, la Cour de cassation a jugé que « la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise ». Pourtant, toujours dans sa décision du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la disposition législative donnant au juge, au-delà du seul pouvoir de contrôler la cause économique, la faculté de substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles, considérant une telle approche contraire à la liberté d'entreprendre.

Il fait peu de doute que ces analyses, valables en 2002, le seraient encore neuf années plus tard si le Conseil constitutionnel devait être saisi d'une QPC sur l'un de ces deux sujets.

### 3. La QPC : facteur d'insécurité ou de sécurité juridique ?

22 - La consécration de la QPC va, dans un premier temps, ouvrir une nouvelle forme d'insécurité juridique. Des décisions qui semblaient stables vont pouvoir être remises en cause, dès lors que leur fondement légal peut être sujet à QPC. Néanmoins, progressivement, au fur et à mesure de l'examen des QPC par le Conseil constitutionnel, cette insécurité va se réduire. Il est acquis que les dispositions qui auront été contrôlées (et non invalidées) sont réputées constitutionnelles en totalité. Le Conseil constitutionnel procède à un contrôle intégral qu'il matérialise dans sa décision par un considérant

2. Les articles 34 et 37 de la Constitution ont pour finalité d'organiser la répartition entre ce qui relève du pouvoir législatif et ce qui est attribué au pouvoir réglementaire.

3. C'est-à-dire la partie regroupant les textes d'origine législative.

4. C'est-à-dire la partie regroupant les textes d'origine réglementaire.

5. *Cons. const.*, déc. 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC : JO 23 juill. 2010, p. 13615.

6. *Cons. const.*, déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : JO 7 oct. 2010, p. 18154. - Confirmée par *Cons. const.*, déc. 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC : JO 15 oct. 2010, p. 18540.

7. *Cass. soc.*, 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : *JurisData* n° 2011-000359 ; *JCP S* 2011, 1065, note P. Morvan.

8. *Cons. const.*, déc. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002 : JO 18 janv. 2002, p. 1053 ; *Rec. p. 49*.

9. *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 10-30.045 à n° 10-30.048 : *JurisData* n° 2011-000944 ; *JCP S* 2011, act. 79, obs. P. Morvan ; *JCP S* 2011, 1095, note P.-H. d'Ornano

« balai » : « la disposition contestée n'est contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ». Toutefois, une telle approche serait valable uniquement dans un système juridique où le temps législatif se serait arrêté, ce qui est loin d'être le cas en France.

## A. - Le champ de la QPC : un périmètre évolutif

### 1° Un périmètre qui se rétracte

23 - Le champ de la QPC va se réduire progressivement au fil des QPC posées au Conseil constitutionnel. En effet, la constitutionnalité d'une disposition législative ne peut – en principe – plus être discutée lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur sa constitutionnalité, et ce, indépendamment des moyens invoqués par les parties. Le « visa » de constitutionnalité délivré fait présumer que la disposition législative déferée est conforme à la Constitution dans son ensemble : tout est réputé avoir été examiné.

### 2° Un périmètre qui se dilate

24 - Dans le même temps, le champ d'investigation de la QPC va être réalimenté :

- par l'adoption de nouvelles dispositions législatives ;
- par un « changement de circonstances » (de droit ou de fait) autorisant à ouvrir une QPC sur une disposition législative dont la constitutionnalité avait déjà été éprouvée.

## B. - Les mesures correctives du Conseil constitutionnel face au risque d'insécurité

25 - Le Conseil constitutionnel, avant même la consécration de la QPC, avait témoigné d'une sensibilité au risque d'insécurité juridique pouvant résulter de sa jurisprudence et surtout des conséquences que ses décisions emportent. Pour limiter l'effet couperet de ces dernières, le Conseil constitutionnel a imaginé plusieurs tech-

niques conduisant à atténuer les bouleversements trop brutaux et trop rapides qu'elles sont susceptibles de faire naître :

### 1° L'application différée

26 - La déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative emporte, en principe, son abrogation immédiate. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'autorise à prononcer une abrogation différée à une date ultérieure qu'il fixe lui-même. Le décalage imposé par le Conseil constitutionnel peut être substantiel puisqu'il n'est rare de voir les effets de l'abrogation différés de plusieurs mois, voire d'une année. L'objectif est fréquemment d'offrir l'opportunité au législateur de disposer du temps pour corriger la loi avant qu'elle ne soit effectivement invalidée.

En règle générale, la décision d'abrogation différée est assortie de l'obligation de surseoir dans les instances en cours jusqu'à l'expiration du différé. Cette technique qui affecte nécessairement le temps du procès est indispensable pour que le justiciable se voit appliquer la solution dont il est lui-même à l'origine.

### 2° L'énonciation de réserves

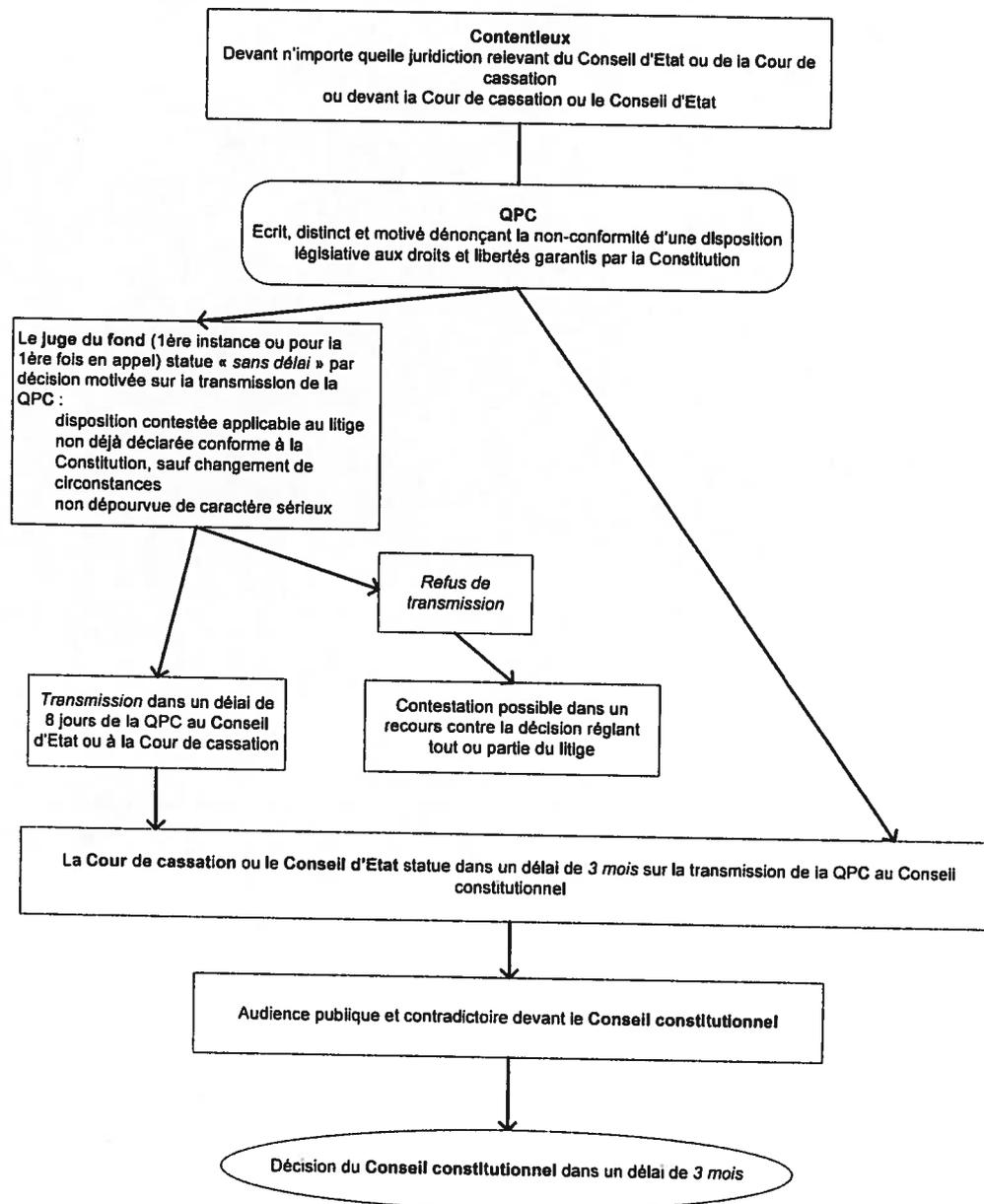
27 - Afin d'atténuer les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel peut préférer prononcer des réserves. Il en existe plusieurs types :

- les réserves d'interprétation qui visent à limiter, encadrer : « s'oppose à ce que... » ;
- les réserves d'interprétation qui ajoutent : « ne saurait toutefois faire obstacle à ce que... » ;
- les réserves d'interprétation « directives » qui visent à préciser le contenu d'un décret, lorsque la loi y renvoie.

La mécanique de la réserve n'a pas à proprement parler pour objet d'invalider le texte discuté mais de préciser et d'annoncer la doctrine du Conseil constitutionnel. Il peut s'agir d'une technique efficace pour prévenir des évolutions de sa jurisprudence. Cette technique peut être le gage d'une certaine forme de sécurité juridique.

## Annexe

## Rappel du schéma procédural



**MOTS-CLÉS :** Contentieux du travail - Procédure - Question prioritaire de constitutionnalité - Incidences et opportunités d'une QPC sur le contentieux du travail

**TEXTES :** Constitution 4 oct. 1958, art. 61-1

**JURISCLASSEUR :** Libertés, Fasc. 210, par Thierry di Manno. – Droit administratif, Fasc. 1410, par Michel Verpeaux et Fasc. 1440, par Vincent Tchen

**Extrait de l'article « La question prioritaire » rédigé par le service documentation du bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation**

**Contrôle prioritaire de constitutionnalité**

*1) Une question prioritaire sur l'exception d'inconventionnalité*

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution, et d'autre part aux engagements internationaux de la France, **se prononcer en premier sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation**. Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition de la loi organique, qui précise « *qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité ... le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne, que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ..* »

## 2) *Priorité constitutionnelle et primauté communautaire*

La doctrine s'était néanmoins interrogée sur la compatibilité de cette disposition avec la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européenne, au regard notamment des termes de l'arrêt *Simmenthal*, rendu le 9 mars 1978 (affaire CJCE 106/77). Cette jurisprudence précise en effet que le juge national doit procéder, « de sa propre autorité » et sans délai, à l'application du droit communautaire.

Dans un arrêt du 16 avril 2010, la formation spécialisée de la Cour de cassation a ainsi décidé de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre de la procédure de l'article 267 précité, une question préjudicielle relative à la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec les exigences découlant de la primauté du droit communautaire.

Par l'arrêt rendu le 22 juin 2010, la Cour de justice de l'Union rappelle qu'afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le juge national doit rester libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire. Dans cette perspective l'article 267 l'UE s'oppose à une législation nationale instaurant une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, qui empêcherait le juge nationale d'exercer cette faculté. Seule peut satisfaire à cette exigence la procédure prioritaire de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* qui laisse les juridictions nationales libres : de saisir la Cour, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ; d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ; et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. La CJUE confie à la juridiction de renvoi la mission de vérifier si la législation nationale peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

La formation spécialisée de la Cour de cassation en a tiré les conséquences en précisant « que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en oeuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la

*procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité »*

\*\*\*\*\*

*Les juges et le droit social: questions d'actualité*

## La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail: a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?

par Christophe RADÉ

Professeur à la faculté de Droit de Bordeaux

1. Les liens entre le droit du travail et le droit constitutionnel sont relativement récents compte tenu du caractère tardif du développement du droit constitutionnel (1). Il faudra en effet attendre près de trente ans après l'adoption du Préambule de la Constitution de 1946, et la reconnaissance de droits dits « sociaux » particulièrement nécessaires à notre temps, pour que ces principes acquièrent une certaine vigueur. Les premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel et concernant directement le droit du travail sont intervenues à partir de 1975 au moment de la création de la taxe professionnelle, mais ne concernaient pas, dans un premier temps, les normes constitutionnelles directement applicables, par leur objet, aux relations professionnelles (2). La première décision faisant application des dispositions du Préambule de 1946 relatives aux droits sociaux des travailleurs, singulièrement le principe de participation, remonte à 1977 (3); il s'agissait (déjà) d'exclure certains jeunes travailleurs du décompte de l'effectif des entreprises. Mais le contrôle exercé par le Conseil se fit purement formel, la motivation lapidaire et la loi

fut validée sans grande discussion (4). Il faudra attendre 1979 et la loi Boulin réformant les juridictions prud'homales pour que le Conseil prononce sa première censure (5).

Même après la multiplication des décisions intéressant directement le droit du travail, dans le courant des années 1980, et jusqu'à une période très récente, le droit du travail et le droit constitutionnel coexistaient sans véritablement se mélanger pour des raisons tenant essentiellement à la répartition des rôles entre le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires et administratives. À partir de sa décision « IVG » rendue en 1975, le Conseil a en effet promu une conception *distributive* du contrôle de la conformité de la loi à des normes supérieures en se réservant le contrôle de la constitutionnalité, au moment de l'adoption des lois par le Parlement et avant leur promulgation par le Président de la République, et en renvoyant aux juridictions judiciaires et administratives le soin de contrôler leur *conventionnalité* pour assurer le respect effectif de l'article 55 de la Constitution (6).

(1) Sur l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la thèse désormais classique de N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibl. Dr. pr. n° 287, pr. M. Gobert, 1997, 602 p. Plus particulièrement, intéressant le droit du travail, G. LYON-CAËN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989, chron. 618; T. REVET, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », dans *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1999, p. 53. Sur l'étude de l'application de la Constitution par la Cour de cassation, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995; la très belle thèse éponyme d'O. DESAULNAY, dir. P. Bon, univ. Pau, mai 2007. Pour des études particulières mixtes, *Les sources du droit du travail*, PUF 1998, dir. B. Teyssié; I. ODOUL ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude du processus de constitutionnalisation des branches du droit*, thèse univ. Paris X Nanterre, dir. M.-A. Sourlac, nov. 2008; V. LAMENDA, *LPA* 25 juin 2009, n° 126. 3.

(2) Décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975, loi supprimant le patente et instituant une taxe professionnelle. Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail: décision de conformité au regard du principe de personnalité des peines.

(3) Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 76-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la Sécurité sociale. La décision se fondait également sur le principe d'égalité.

(4) Dans le même sens décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale).

(5) Décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979, loi portant modification des dispositions du titre 1<sup>er</sup> du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prud'hommes, cons. 8.

(6) Décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

Ce partage des tâches allait se traduire par la coexistence de deux ensembles parallèles, l'un renvoyant au droit constitutionnel du travail tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, l'autre à la jurisprudence des juridictions de cassation qui allaient au fil du temps s'« imprégner » de références constitutionnelles (7), sans que l'argument constitutionnel ne soit jamais exploité pour évincer une loi contraire, cette fonction étant réservée au grief d'inconventionnalité. Les références au caractère constitutionnel des droits et libertés auxquels la loi pouvait porter atteinte possédaient alors une autre fonction, plus *argumentative* et moins *normative*, l'appel à la Constitution servant soit à renforcer la légitimité de certaines prérogatives et peser sur l'interprétation des normes légales dans la résolution des conflits (8), soit, plus rarement, à *fonder* directement certaines décisions (9).

2. La réforme intervenue avec la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a totalement modifié ce schéma en introduisant la possibilité pour tout citoyen engagé dans un procès de faire vérifier par le Conseil constitutionnel la conformité à la Constitution d'une loi valablement promulguée, dans le cadre de la nouvelle procédure dite de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) applicable depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 (10). Désormais, le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé », et l'article 62, alinéa 2 nouveau, qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision », le Conseil déterminant

« les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Les modalités pratiques de mise en œuvre de cette nouvelle question prioritaire ont été précisées ultérieurement, notamment par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 (11).

Même si l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité élargi à toute la durée de vie des lois constitue une incontestable nouveauté et un bouleversement dans le rôle que va être amenée à jouer la Constitution dans le règlement des litiges, la réforme n'a pas fondamentalement modifié la répartition des contrôles et des rôles entre les juges judiciaires et administratifs, et le juge constitutionnel. L'examen de la QPC a en effet été confié au Conseil constitutionnel, les juridictions administratives et judiciaires se contentant de contrôler la recevabilité de la question, tout en conservant le contrôle de la conventionnalité des lois (12). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs confirmé, dans sa décision du 12 mai 2010, la répartition des tâches dégagée en 1975 et son refus d'intégrer le droit international dans le champ de son contrôle, même sous couvert d'assurer le respect de l'article 55 de la Constitution (13).

3. La réforme initiée en 2008 a donc mis en place, de manière totalement inédite, un mécanisme de *question préjudicielle* associant les juges du fond, les juges de cassation et le Conseil constitutionnel. La QPC peut en effet être posée par tout justiciable devant les juges du fond qui devront transmettre celle-ci au juge de cassation si les conditions posées par la loi organique sont remplies, voire directement devant le juge de cassation (14) qui devra, dans les deux cas de figure, déterminer s'il y a lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel (15).

Lorsqu'une QPC est posée devant les juges du fond, ces derniers doivent vérifier que la loi contestée « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garan-

(7) Expression empruntée à M. JÉOL, « Les techniques de substitution », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PUAM, 1995, 75.

(8) Sur cette fonction argumentative, A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA* 1991, 612, qui considère les références constitutionnelles comme des « adjuvants rhétoriques ». Sur le mouvement plus général de fondamentalisation de certains droits présents dans le Code du travail et dont il convient d'asseoir et de défendre la position : A. LYON-CAEN et I. VACARIE, *Droit fondamentaux et droit du travail*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 2001, 421 s.

(9) Ainsi pour lire dans l'alinéa 11 du Préambule de 1946 l'interdiction de toute réglementation conventionnelle du droit de grève : Cass. soc., 7 juin 1995, *SA Transport Seroul*; *Dr. soc.* 1996, p. 37, et la chron.; *D.* 1996, p. 75, note B. MATHIEU (inopposabilité aux salariés de la clause conventionnelle de préavis). - 15 déc. 2009, *JCP S* 2010, p. 40, note A. MARTINON, *Lexbase hebdo*, n° 378 du 14 janv. 2010, éd. soc., et la chron. (n° lexbase : N9533BMZ) (nullité de la clause du règlement intérieur permettant la réquisition de tous salariés, y compris grévistes).

(10) X. PRÉTÔT, « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *JCP S* 01/2010, p. 1023.

(11) Également les décrets n° 2010-148 et 2010-149 du 16 févr. 2010 et les circulaires n° CIV/04/10 du ministre de la Justice et des Libertés du 24 février 2010 relatives à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité et SG/SADJ/PV

du 1<sup>er</sup> mars 2010 relative à la présentation du principe de continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

(12) Sous réserve que les deux griefs ne soient pas formulés en même temps, car dans cette hypothèse la QPC doit être examinée en priorité (cf. *infra*).

(13) Décision préc. du 15 janv. 1975, cons. 3. - Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, loi sur l'égalité des chances. -- Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 10 et 11 : « le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ». - Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juill. 2010, cons. 11. C'est également la position réaffirmée du Conseil d'État : CE, 14 mai 2010, n° 312305.

(14) Qui doit rouvrir les débats sur la question de la recevabilité de la QPC : Cass. crim., 11 mai 2010, n° 09-70995, inédit.

(15) Les premières statistiques publiées par la Cour de cassation montrent que 35 % des QPC examinées proviennent des juridictions du fond, et sont donc examinées par la formation *ad hoc* de la Haute Juridiction, alors que 65 % sont évoquées directement lors de l'examen du pourvoi et ressortissent donc de la compétence des différentes chambres. Ce chiffre s'explique par la date d'entrée en vigueur de la réforme au 1<sup>er</sup> mars 2010 et devraient logiquement s'inverser dans les mois à venir au profit des affaires transmises par les juges du fond.

tit », qu'elle « est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites », qu'« elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances », et que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ».

Si les conditions de la transmission à la juridiction de cassation sont réunies, les juges du fond lui transmettent et il appartiendra à la Haute Juridiction de déterminer à son tour si la question doit être transmise au Conseil constitutionnel. La Cour vérifiera ainsi que les deux premières conditions, dont les juges du fond ont déjà eu à apprécier la réunion, sont bien caractérisées, et ne transmettra la question que si celle-ci « est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». C'est ensuite le Conseil constitutionnel qui décidera ou non d'abroger la disposition visée par la QPC si celle-ci porte effectivement une atteinte prohibée aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

4. L'irruption dans le système français de la QPC constitue d'évidence un événement majeur qui a pu réjouir tous ceux qui militent pour une meilleure protection des droits et libertés, mais qui fait grincer des dents les tenants d'une souveraineté parlementaire pure et dure déjà affolés par l'emprise croissante du droit supranational sur la loi française.

Le succès rencontré par la QPC dès son entrée en vigueur impose bien entendu de s'interroger sur l'impact possible de la réforme en droit du travail où chaque disposition, ou presque, présente dans la partie législative du Code du travail, est désormais susceptible d'être « soumise à la question » et s'en trouve potentiellement menacée (16).

5. La Cour de cassation a rapidement commencé à rendre ses premiers arrêts sur la transmission de QPC au Conseil constitutionnel, même s'il a fallu attendre le 18 juin 2010 pour que la Cour rende ses premières décisions, très attendues, sur la loi du 20 août 2008 dans son volet « démocratie sociale » (17). L'examen des premiers arrêts réserve une surprise de taille, puisqu'une seule des questions posées à la Cour a été jugée suffisamment sérieuse pour être transmise au Conseil constitutionnel (18).

Deux questions avaient été en effet posées à la Cour concernant le seuil d'audience électorale de 10 % exigé depuis la loi du 20 août 2008 pour qu'un syndicat soit représentatif et l'exigence d'élus pour les syndicats prétendant avoir des représentants au comité d'entreprise dans les entreprises de trois cents salariés et plus. Une troisième concernait la constitutionnalité de la prescrip-

tion quinquennale des gains des salariés, des articles L. 3245-1 du Code du travail et 2224 du Code civil.

S'agissant de la constitutionnalité du seuil d'audience, la Cour de cassation a considéré que « l'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité » (19). S'agissant ensuite de l'exigence d'élus, la Cour a affirmé que « subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution » (20). S'agissant enfin de la prescription quinquennale, la Cour a également refusé de transmettre la question après avoir indiqué que « la question posée, relative à la durée de la prescription des actions en paiement des salaires, au demeurant conforme au droit commun, ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués » (21).

D'autres questions seront également examinées par la Cour de cassation dans les semaines à venir et qui concernent la conformité de l'ancien article L. 324-10 du Code du travail, en son second alinéa, en vigueur du 13 mars 1997 au 30 avril 2008 et relatif à l'incrimination de travail dissimulé, au regard de « l'article 9 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 [...] » (22).

Une seule QPC concernant plus largement le droit social a été transmise au Conseil constitutionnel et qui concernait la conformité à la Constitution du livre IV du Code de la Sécurité sociale relatif à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles (23). L'ensemble du dispositif a été confirmé par le Conseil constitutionnel qui a considéré que l'atteinte ainsi réalisée aux principes de responsabilité et d'égalité était justifiée par le désir de mettre en œuvre le droit à la santé dans le cadre du système de Sécurité sociale, et proportionnée, à condition toutefois que la victime puisse obtenir des juridictions spécialisées « réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la Sécurité sociale » en cas de faute inexcusable de l'employeur ou de l'un de ses substitués (24).

6. Le Conseil constitutionnel a commencé à rendre ses premières décisions et censuré le régime des pensions de retraite des ressortissants algériens, au regard du

(16) Après trois mois d'application, la Cour de cassation a déjà eu à connaître de 237 QPC. 18 % ont été déclarées irrecevables, 20 % jugées ni nouvelles ni sérieuses, et 60 % transmises au Conseil constitutionnel.

(17) Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-40.007, arrêt n° 12078 P+B, Syndicat FO des métaux de Toulouse et de la région; Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-40.005, arrêt n° 12076 P+B, Syndicat CFTC emploi; Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-40.006, Syndicat solidaires Sud Emploi Languedoc-Roussillon, arrêt n° 12077 P+B; Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-14.749, arrêt n° 12075 P+B, Syndicat force ouvrière des personnels civils de la défense nationale confédération générale du travail force ouvrière, P+B. Notre commentaire dans *Lexbase hebdo*, édition sociale, du 15 juill. 2010.

(18) Cass. QPC, 8 juill. 2010, n° 10-60.189, Société Robert Bosch France, P+B; *Lexbase hebdo* n° 404 du 22 juill. 2010, éd. soc., et la chron. (n° *Lexbase* : N6449BPK).

(19) Arrêts n° 12078 P+B, 12076 P+B et 12077 P+B.

(20) Arrêt n° 12075 P+B.

(21) Cass., QPC, 25 juin 2010, affaire n° 10-40.009, arrêt n° 12110 P+B.

(22) 22 avr. 2010, n° 10-90.068.

(23) Cass. crim., 7 mai 2010, arrêt n° 12005, pourvoi n° 09-87.288.

(24) Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, cons. 19. Notre commentaire dans *Lexbase hebdo* n° 401 du 1<sup>er</sup> juill. 2010, éd. soc. (n° *Lexbase* : N4393BPE).

principe d'égalité (25), puis validé le troisième alinéa de l'article L. 211-3 du Code de l'action sociale et des familles au regard notamment de la liberté d'association (26), mais aussi censuré l'article L. 7 du Code électoral (27), validé partiellement l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, sauf en ce qu'il prétend s'appliquer aux instances introduites antérieurement à la loi du 4 mars 2002 (28), etc.

7. Que l'on se réjouisse de cette nouvelle arme donnée aux justiciables, et aux juges, pour s'assurer de l'effectivité des droits et libertés constitutionnelles, ou qu'on redoute une profonde déstabilisation du droit, et pour ce qui nous intéresse ici du droit du travail, il n'est pas possible d'en rester au stade des considérations générales sans s'interroger sérieusement sur l'impact prévisible de cette nouvelle procédure sur les normes légales applicables aux relations professionnelles, compte tenu des conditions de mise en œuvre de la QPC mais aussi de l'attitude des juridictions concernées.

Il n'est pas certain que la réforme initiée en 2008 soit de nature à bouleverser substantiellement l'état du droit compte tenu de la prudence affichée par le Constituant qui a choisi une voie relativement étroite; ce contrôle apparaît d'ailleurs comme nettement plus restreint que celui exercé par le Conseil constitutionnel lors de la promulgation des lois et fait figure de « session de ratapage » du contrôle initial. Le sort du Code du travail dépend donc directement du rôle que les principaux acteurs de la QPC entendent voir jouer à la QPC, et singulièrement de la volonté de la Cour de cassation et du Conseil d'État de jouer pleinement, ou non, leur rôle de filtre (1.). Mais si le spectre du chaos doit être raisonnablement écarté, certaines lois pourraient tout de même faire les frais de l'opiniâtreté de justiciables particulièrement motivés, et nous nous risquons, en cette période de libéralisation des jeux de hasard, à certains pronostics (11.).

#### I. — L'AVENIR DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ EN DROIT DU TRAVAIL

8. De nombreux facteurs sont de nature à limiter l'impact de l'introduction de la QPC en droit du travail qui tiennent tant aux caractères de la procédure mise en place (A) qu'à l'existence d'autres techniques concurrentes de protection des droits et libertés qui ont déjà été mobilisées par le passé pour tester le Code du travail (B).

#### A — UNE PORTE ENTR'OUVERTE

9. Les conditions posées tant par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 que par la loi organique du 10 décembre 2009 constituent autant de freins qui limiteront nécessairement le rôle joué par la QPC en droit du travail (29), et cette nouvelle procédure pourrait bien s'apparenter à une course d'obstacles, pour ne pas dire à un parcours du combattant pour les justiciables (30).

10. Faut-il le rappeler, la QPC vise à faire contrôler la conformité de la loi à la Constitution. Il ne s'agit ici ni de contrôler la conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'on pourrait pourtant croire inséparable de la loi interprétée (31), la Haute Juridiction ayant rappelé que cette interprétation relève naturellement de l'office du juge (32), ni de soumettre, pour les mêmes raisons, à l'examen du Conseil des principes généraux élaborés par la jurisprudence (33), ni même de lui faire interpréter certaines dispositions constitutionnelles peu claires dès lors que la conformité d'une loi n'est pas discutée (34).

11. Toutes les normes constitutionnelles ne pourront pas, par ailleurs, être mobilisées pour exercer le contrôle de conformité, ce qui constitue une première différence avec le contrôle initial que continuera d'exercer le Conseil dans le cadre de l'article 61 de la Constitution; seuls sont en effet protégés les « droits et libertés que la Constitution garantit ». Mais si l'on pressent l'objectif de la réforme, les contours des notions de « droits » et de « libertés », pourtant familières, n'apparaissent pas toujours nettement et pourraient être interprétés restrictivement.

Il semble acquis que les justiciables ne pourront pas arguer de la violation de règles de pure procédure parlementaire (35). Mais, reprenant en cela la volonté du législateur (36), le Conseil constitutionnel a admis que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (37).

Il est également légitime de s'interroger sur la possibilité d'invoquer la violation de « principes » constitutionnels. Ainsi, que penser de l'atteinte réalisée au principe de « l'indépendance des juridictions (administratives) ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions » par l'article L. 1237-14, alinéa 4, du Code du

(25) Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010. Voir également la censure du 3<sup>ème</sup> al. de l'art. L. 253 bis du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre en ce qu'il exige que les demandeurs possèdent « la nationalité française à la date de la présentation de leur demande ou (solent) domiciliés en France à la même date » et déclarés contraires à la Constitution en ce qu'elles violent le principe d'égalité (décision n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, M. Lahcène A.).

(26) Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010.

(27) Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

(28) Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010.

(29) Art. 23-2 nouveau de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

(30) Les demandeurs doivent également satisfaire aux conditions générales de recevabilité des pourvois en cassation: Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-70.723, Inédit.

(31) Cass. crim. 19 mai 2010, n° 09-83.328. Même solution: n° 09-87.307, n° 09-82.582. — Arrêt du 31 mai 2010, n° 09-87.578.

(32) Cass. 31 mai 2010, n° 09-70.718.

(33) Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-87.651.

(34) CE, 16 avr. 2010, n° 336270.

(35) Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juill. 2010, M. Alain C. et autre, cons. 7.

(36) Circulaire du 1<sup>er</sup> mars 2010, préc., p. 8.

(37) Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, cons. 3 (droit de propriété non mis en cause en l'espèce).

travail, introduit par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 et qui prive les juridictions administratives du contentieux de l'homologation administrative des ruptures conventionnelles du contrat de travail (38)? L'atteinte portée doit-elle être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, singulièrement par le souci d'une bonne administration de la justice (39)?

Une incertitude comparable concerne les simples « objectifs de valeur constitutionnelle » dégagés par le Conseil constitutionnel et qui ne semblent pas pouvoir fonder une censure (40), comme vient d'ailleurs de le confirmer le Conseil constitutionnel (41). Dès lors, il semble exclu de prétendre contester une loi en raison d'un défaut de clarté et d'intelligibilité (42). On le conçoit aussitôt, si le grief tiré du défaut de clarté et d'intelligibilité de la loi devait être admis, c'est tout le droit positif qui pourrait être remis en cause.

12. La recevabilité de la QPC nécessite également que « la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites », c'est-à-dire qu'elle constitue le fondement de la prétention ou que son application soit indispensable au règlement du différend, ce qui exclut d'élargir la QPC à des dispositions annexes.

13. La loi déferée ne doit pas avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Pour aider les justiciables, le Conseil constitutionnel a publié sur son site internet un tableau recensant de manière exhaustive l'ensemble des dispositions qui entrent dans la liste des lois dont le Conseil a déjà vérifié la constitutionnalité (43). Il convient également d'ajouter à cette liste des dispositions dont la conformité a été déterminée par le Conseil de manière indirecte (44). Pour les dispositions dont le Conseil a déjà eu à connaître, la recevabilité de la QPC est subordonnée à la preuve d'un « changement de circonstances » ce qui désigne certainement « les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée » (45).

14. La dernière condition exige de l'argument soulevé qu'il présente un caractère « nouveau » ou « sérieux » pour être transmis par les juges de cassation au Conseil constitutionnel.

En dépit de son apparente simplicité, l'exigence du caractère « nouveau » fait difficulté compte tenu de l'interprétation qu'en a faite le Conseil constitutionnel. Pour ce dernier, en effet, la nouveauté doit s'apprécier non pas par rapport au texte déferé mais bien au regard des normes constitutionnelles applicables (46). La transmission d'une QPC au Conseil sera donc impérative lorsqu'une question concernera de manière inédite des droits ou des libertés dont le régime constitutionnel n'a pas encore été précisé, mais non dans les autres hypothèses où la jurisprudence du Conseil sera bien établie, et ce même si celui-ci n'a pas eu à examiner la disposition législative litigieuse. Ce critère de « nouveauté » ainsi entendu donne donc aux juridictions de cassation un très large pouvoir d'appréciation, et donc de filtrage, dès lors que la jurisprudence du Conseil permettra de prévoir la réponse qui pourrait être apportée à la question.

C'est alors vers l'autre critère alternatif du caractère « sérieux » de la question qu'il convient de se tourner. L'examen des premiers arrêts rendus par la Cour de cassation montre que de nombreuses QPC ne sont pas transmises en raison de leur absence de caractère sérieux (47), qu'il s'agisse d'ailleurs de questions intéressant le droit pénal (48), qui fournit le gros des bataillons des premières QPC, mais également le droit civil (49). Les premières décisions intervenues les 18 et 25 juin 2010 et concernant les dispositions de la loi du 20 août 2008 et la prescription quinquennale des gains et salaires démontrent d'ailleurs très clairement la volonté de la Cour de cassation de ne transmettre que des questions qui auraient des chances sérieuses d'être abrogées, quitte à se substituer purement et simplement au Conseil constitutionnel dans la vérification de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit (50).

C'est sans doute ici que se situe le principal filtre et les juridictions de cassation n'hésiteront certainement pas à en faire usage pour éviter d'être submergées et protéger également le Conseil constitutionnel qui ne

(38) Décision n° 119 DC du 22 juill. 1980, GDCC n° 29. - Décision n° 2001-448 DC du 25 juill. 2001, AJDA 2002, p. 59, note P. JAN.

(39) Décision n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, cons. 4 et 10.

(40) En ce sens la circulaire préc. du 1<sup>er</sup> mars 2010, p. 9.

(41) Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juill. 2010, M. Alain C. et autre, cons. 9 (« ne peut en elle-même fonder ... »).

(42) Ainsi la décision concernant la loi validant l'ordonnance de recodification du Code du travail: décision n° 2007-561 DC du 17 janv. 2008.

(43) Sur l'étude des lois récentes intéressant le droit du travail, notre chron. dans *Constitutions* n° 2010-2, à paraître.

(44) Cass. crim., 19 mai 2010, arrêt n° 12022, n° 09-82.682.

(45) Décision n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009. La circulaire préc. du 1<sup>er</sup> mars 2010 donne comme exemple l'adoption en 2005

de la Charte de l'environnement. S'agissant des changements sociologiques, la circulaire indique qu'il peut s'agir des « changements intervenus dans les domaines marqués par une évolution rapide des techniques, comme la bioéthique ou les technologies de l'information et de la communication, ou encore les évolutions démographiques, s'agissant par exemple d'une loi procédant à la délimitation de circonscriptions électorales ».

(46) Décision préc. du 3 déc. 2009, cons. 21.

(47) CE, 16 avr. 2010, n° 320667. - CE, 19 mai 2010, n° 331025, n° 330310. S'agissant du droit au recours effectif devant une juridiction, fondé sur l'article 16 de la Déclaration de 1789: arrêt n° 12026 du 31 mai 2010, n° 10-80.637 et 10-80.649.

(48) Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774, publié. - Cass. crim., 19 mai 2010, arrêt n° 12021, n° 09-82.582.

(49) Cass. ass. plén., 7 mai 2010, arrêt n° 12004, n° 09-15.034, a propos de l'article 1384, al 2, du Code civil.

(50) Décisions préc. note 17

semble pas véritablement armé pour faire face à la vague qui menace (51).

## 2. Un processus à l'effectivité non garantie

15. À ces incertitudes s'ajoutent d'autres doutes concernant notamment le caractère obligatoire de la transmission des QPC qui remplissent les conditions de recevabilité, la question se posant tant pour l'obligation faite aux juges du fond de transmettre à la Cour de cassation que pour l'obligation faite à celle-ci de transmettre les questions au Conseil constitutionnel.

Une réponse positive s'impose logiquement, compte tenu, notamment, de l'usage de l'indicatif présent (la Cour « transmet ») (52). Mais quelle sera l'effectivité de cette obligation lorsqu'on sait que la décision de transmission, qu'elle émane des juges du fond ou de la Cour de cassation, n'est susceptible d'aucun recours (53) ?

Par ailleurs, et même lorsqu'elle aura été saisie d'une telle demande, la Cour de cassation pourra souverainement considérer que les conditions de recours à la question prioritaire de constitutionnalité ne sont pas réunies dans la mesure où le Conseil se sera déjà prononcé sur les normes de référence et que la question, qui ne présentera par conséquent pas de caractère de nouveauté, ne présentera pas non plus de caractère « sérieux ». Le Conseil constitutionnel pourrait alors bien assister, impuissant, à une politique de non-transmission des juridictions de cassation qui le priverait d'une partie de ses prérogatives.

Enfin, il convient de rappeler que les juges ne peuvent jamais relever d'office le moyen tiré du grief d'inconstitutionnalité (54), alors qu'ils peuvent le faire s'agissant de l'inconventionnalité (55).

## B — UNE TECHNIQUE CONCURRENCÉE

16. Les juridictions judiciaires et administratives n'ont fort heureusement pas attendu l'introduction d'une procédure de vérification de la constitutionnalité des lois pour développer les autres techniques permettant de protéger les libertés des atteintes réalisées par le Législateur, et le retard pris par l'adoption de la réforme

pourrait bien n'être jamais véritablement comblé tant le contrôle de conventionnalité et le recours à la question préjudicielle devant la CJUE sont devenus communs. Il est alors légitime de s'interroger sur la place que prendra la QPC dans ce contexte fortement concurrentiel.

### 1. La priorité affichée sur le grief d'inconventionnalité

17. La loi organique du 10 décembre 2009 donne expressément priorité à la QPC si elle est invoquée en même temps qu'un grief d'inconventionnalité (56) : le juge qui est saisi simultanément des deux questions doit par conséquent statuer en priorité sur la transmission de la QPC et surseoir pendant trois mois. Le recours au grief d'inconventionnalité demeure toutefois possible dans les autres cas de figure (57), et ce y compris s'agissant de dispositions qui auraient été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil, car on sait que ce jugement de conformité dans l'ordre interne ne préjuge ni de la conformité de la loi au droit communautaire, dont le juge judiciaire doit assurer la primauté sans s'en remettre au contrôle de constitutionnalité (58), ni du respect de la CEDH (59). On peut même imaginer que le juge pourrait écarter une disposition déclarée contraire à la Constitution par le Conseil, à l'issue d'une QPC, mais dont l'abrogation aurait été différée pour laisser le temps au Législateur d'en aménager les effets (60).

18. Indépendamment des aspects procéduraires, se pose une question de pure opportunité car s'il apparaissait que les justiciables ont plus de chance d'échapper à l'application d'une disposition contraire à un droit fondamental en invoquant son inconventionnalité de préférence à la mise en œuvre de la QPC, alors cette dernière procédure pourrait bien perdre la bataille. Or, le grief d'inconventionnalité a pris ces dernières années un tel essor que l'avance prise sur le contrôle de constitutionnalité pourrait bien considérablement freiner le développement de la QPC (61).

Le nombre des obstacles possibles au succès de la QPC montre qu'en réalité c'est la pratique de la Cour de cassation qui assurera le succès, ou l'échec, de la QPC, ainsi que les intérêts en cause s'attachant à l'une ou l'autre des techniques et laissant entrevoir aux justiciables les

(51) Même si les arrêts de non-transmission présentent une véritable infériorité par rapport aux décisions de conformité du Conseil puisque seules ces dernières peuvent rendre irrecevables, pour l'avenir, d'autres QPC portant sur les mêmes dispositions, alors que la Cour de cassation s'expose à voir remonter de nouvelles QPC ayant exactement le même objet que les précédentes qu'elle a refusé de transmettre.

(52) En ce sens, M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA* 2009, 1474. La valeur impérative de l'indicatif présent a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi de ratification de l'ordonnance du 12 mars 2007 portant publication de la partie législative du nouveau Code du travail : décision n° 2007-561 DC du 17 janv. 2008, cons. 17. En ce sens les termes de la circulaire d'application du 1<sup>er</sup> mars 2010 s'agissant de la transmission à la Cour de cassation par les juridictions du fond.

(53) En réalité devant les juges du fond les parties exerceront les voies de recours ordinaires et présenteront à chaque étape de la procédure leur QPC. Mais devant la Cour de cassation, aucune possibilité de contester le refus de transmission n'existe.

(54) Art. 23-1, al 1<sup>er</sup>, de l'ord. préc.

(55) Par exemple Cass. soc., 16 déc. 2008, préc.

(56) Art. 23-2 nouv. de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

(57) B. de LAMY, *D.* 2009, 177, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique ». P. DELVOLVÉ, « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA* 2008, 861. A. ROBLOT-TROIZIER, *AJDA* 2008, 1866. J. GICQUEL, *LPA* 2008, n° 97, 77. A. MARAIS, *RDC* 2009/1, 233.

(58) CJCE, aff. 106/77 du 9 mars 1978, *Simmenthal*, § 24.

(59) CEDH, 28 oct. 1999, *Ziellinski*, *RFDA* 2000, p. 289, obs. B. MATHIEU ; *RTD civ.* 2000, pp. 436 et 439, obs. J.-P. MARQUENAUD.

(60) Cas de la première censure prononcée par le Conseil dans le cadre de cette procédure : décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010.

(61) Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2008, *RDJ* 2008, p. 504, avis J. DUPLAT (CNE). - Cass. soc., 16 déc. 2008, *Dr. soc.* 2009, p. 236, obs. J. MOULY (régime de la clause de non-concurrence dans le Code de commerce applicable en Alsace-Lorraine).

meilleures chances de succès (62). Dans cette situation de concurrence, il est d'ailleurs assez vraisemblable que le Conseil constitutionnel sera tenté de faire converger sa propre interprétation des dispositions constitutionnelles garantissant les droits et libertés avec celles des Cours étrangères chargées du respect des textes internationaux, et ce afin d'éviter toute cacophonie dans la protection des droits fondamentaux et de limiter les situations de concurrence entre les différentes sources (63). Il est également prévisible que la Cour de cassation sera tentée de ne pas transmettre certaines QPC lorsqu'elle aura préalablement statué sur leur conventionnalité et qu'elle considérera que de ce fait les griefs formulés ne présentent pas de caractère « sérieux » (64).

19. Dans cette confrontation, la QPC présente toutefois un avantage qui pourrait sembler *a priori* décisif, celui de pouvoir conduire à l'abrogation de la disposition contestée, alors que l'inconventionnalité d'une disposition n'est jamais prononcée que dans le cadre d'un litige, et pour celui-ci uniquement.

Cette affirmation doit toutefois être doublement tempérée.

Tout d'abord, il ne faut pas mésestimer l'impact de l'affirmation par les juges de l'inconventionnalité de certaines dispositions. La remarque vaut bien entendu pour les décisions prises par la CJUE, qui s'imposent au juge national, mais aussi pour la Cour EDH dont l'autorité en droit interne se vérifie chaque jour (65). Même lorsqu'elle résulte de décisions prises par la Cour de cassation, la chose jugée, qui juridiquement se limite au seul litige concerné, présente *de facto* un quasi effet *erga omnes* en raison de l'autorité qui s'attache à la jurisprudence de la Cour par ailleurs aujourd'hui très largement diffusée, et abondamment commentée.

Ensuite, si l'article 62, alinéa 2 nouveau, de la Constitution, dispose bien qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel », le texte précise que le Conseil peut ne lui faire produire effet qu'à une date ultérieure, qu'il fixe souverainement. En d'autres termes, la mise en œuvre de la QPC, même si elle aboutit à l'abrogation de la disposition contestée, ne se traduira pas nécessairement par la mise à l'écart effective de celle-ci pour le justiciable qui aura mené le combat. On imagine alors aisément la frustration de celui qui aura fait abroger une loi contraire aux « droits et libertés que la Constitution

garantit » mais qui verra cette disposition lui être quand même appliquée ... alors que s'il avait soulevé l'inconventionnalité de la même disposition il aurait peut-être obtenu gain de cause et son éviction immédiate; il sera alors peut-être tenté de soulever un grief tiré de l'inconventionnalité du texte pour obtenir des juges ce que le Conseil ne lui aura pas accordé. Ce scénario n'est pas totalement impossible, bien au contraire. La première décision du Conseil constitutionnel rendue dans le cadre de cette nouvelle procédure augure même plutôt du contraire puisque le régime des retraites des ressortissants algériens déclaré contraire au principe constitutionnel d'égalité n'a été abrogé que pour l'avenir, le Conseil laissant au Gouvernement et au Parlement jusqu'au 31 décembre 2010 pour aménager les effets juridiques de l'abrogation repoussée au 1<sup>er</sup> janvier 2011 (66).

## 2. La question de l'articulation avec la question préjudicielle posée à la CJUE

20. Alors que le projet de loi organique réservait le sort de la question préjudicielle devant la CJUE (67), le texte finalement adopté a supprimé tout principe d'articulation entre les deux procédures. Pour le Gouvernement, en effet, « la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation ne fait pas obstacle, le cas échéant, à ce que la formation de jugement saisisse la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, si les conditions en sont remplies » (68). Telle n'a pas été l'opinion de la Cour de cassation qui a saisi la CJUE d'une question préjudicielle portant précisément sur la conformité de la procédure française au droit communautaire, la Cour estimant que, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel s'estimerait compétent pour vérifier, au travers du respect de l'article 55 de la Constitution, la conformité de la loi au Droit de l'Union, la décision rendue s'imposerait au juge judiciaire qui se verrait alors privé de la possibilité de poser une question préjudicielle ayant le même objet, ce qui serait contraire au droit communautaire lui-même (69).

La CJUE n'a pas suivi la Haute Juridiction sur ce terrain et considéré que la loi organique du 10 décembre 2009 ne pouvait être considérée comme contraire au traité UE dès lors que le juge national pouvait, à tout moment de la procédure et nonobstant la priorité donnée au droit interne à la QPC, saisir le juge de l'Union d'une question préjudicielle (70).

(62) M. GUYOMAR et D. SIMON, « Faut-il en finir une bonne fois pour toutes avec la culture... de la hiérarchie des normes? », *Gaz. Pal.* 12 févr. 2009, n° 43, p. 11.

(63) C'est ce qui ressort nettement de la censure de l'alinéa 4 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi Kouchner du 4 mars 2002, qui prolonge sur le plan constitutionnel l'arrêt rendu sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la CEDH n° 1 par la Cour EDH (CEDH, gr. chbr., 6 oct. 2005, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 327, et les obs.) suivi par la Cour de cassation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 2006, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 94, et les obs.) et le Conseil d'État (CE, 5<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 24 févr. 2006, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 127, et les obs.).

(64) Ce qui pourrait expliquer la non-transmission des QPC concernant le seuil d'audience de 10 % (arrêts préc. du 18 juin 2010) dont la conventionnalité avait été préalablement reconnue par la Cour de cassation: Cass. soc., 14 avr. 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 647, chron. L. PÉCAUT-RIVOLIER.

(65) Ainsi le sort réservé à l'art. 1<sup>er</sup> al. 4, de la loi préc. du 4 mars 2002.

(66) Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, cons. 12, *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 397 du 3 juin 2010, chron. C. WILLMANN (n° *Lexbase*: N2970BPP).

(67) Projet de loi n° 1599 du 15 avr. 2009, indiquant que la priorité donnée à la QPC sur le grief d'inconventionnalité s'entendait « sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ».

(68) Circulaire du 1<sup>er</sup> mars 2010 préc., p. 17.

(69) Cass. QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.002, M. Selim Abdali, inédit.

(70) CJUE, gr. ch., 22 juin 2010, aff. C-168/10 et C-189/10. Très logiquement, la Cour de cassation devrait désormais se reconnaître la possibilité de transmettre une QPC tout en posant une question préjudicielle portant sur les mêmes dispositions, sans surseoir à statuer sur la transmission de la QPC.

21. On l'aura compris, l'avenir de la QPC dépend pour partie du désir qu'auront les magistrats des juridictions de cassation de jouer pleinement leur rôle de filtre, ou au contraire de se comporter comme de simples chambres de transmission, et de l'intensité du contrôle que le Conseil constitutionnel mettra en œuvre pour s'assurer du respect par la loi des droits et libertés garantis par la Constitution. Les premières décisions rendues par la Cour de cassation montrent que la Haute Juridiction n'entend pas perdre la main au profit du Conseil et qu'elle ne transmettra, à tout le moins pour ce qui concerne le droit du travail, que les questions les plus sérieuses, se réservant ainsi la possibilité d'exercer un véritable contrôle de constitutionnalité préalable sous couvert d'apprécier le « sérieux » des arguments soulevés par les parties. C'est au travers de quelques exemples pris en droit du travail que l'on peut mesurer également l'impact possible de la réforme, et l'enjeu de cette politique.

## II. — L'AVENIR DU CODE DU TRAVAIL APRÈS LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

22. En permettant de contester la conformité à la Constitution des lois qui porteraient atteinte aux droits et libertés, la procédure de QPC menace potentiellement presque tout le Code du travail. Mais cette menace est-elle réelle et crédible, ou relève-t-elle du phantasme? La réponse à cette question, dont chacun mesure évidemment les enjeux, dépend du zèle que montreront les juridictions de cassation à filtrer réellement les demandes et de la politique de contrôle mise en œuvre par le Conseil constitutionnel. C'est à partir de quelques interrogations concrètes que l'on peut tenter de mesurer l'impact prévisible de cette nouvelle procédure en droit du travail. Après quelques exemples variés (A), nous nous interrogerons sur la principale interrogation qui pèse sur le Code du travail passé au crible du principe constitutionnel d'égalité (B).

### A — L'AVENIR DU CODE DU TRAVAIL AU TRAVERS DE QUELQUES QUESTIONS VARIÉES

#### 1. Le principe de liberté contractuelle

23. Comme cela a été signalé à de nombreuses reprises, certaines lois récentes, pourtant capitales pour le droit du travail, n'ont soit pas été déférées du tout au contrôle initial du Conseil constitutionnel, soit n'ont fait l'objet que d'un examen partiel, laissant ouvertes de très nombreuses occasions de QPC.

C'est ainsi que la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 a été promulguée sans aucun examen de constitutionnalité; or le texte contient certaines dispositions extrêmement litigieuses, à commencer par le régime transitoire du nouveau cadre juridique applicable aux périodes d'essai. On sait en effet que le législateur n'a pas laissé toutes les conventions

collectives conclues antérieurement à la loi nouvelle perdurer et que celles qui avaient stipulé des durées plus courtes que la loi nouvelle sont légalement caduques depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009, à tout le moins pour ce qui concerne leurs durées (71). Ce faisant, le Législateur a incontestablement porté atteinte au principe de liberté contractuelle qui s'applique également au droit à la négociation collective.

Le Conseil constitutionnel a fourni, lors de ces précédentes décisions et singulièrement à l'occasion de l'examen initial de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, de nombreux indices pour déterminer dans quelle mesure le Législateur pouvait abroger des conventions collectives valablement conclues sous l'empire de la loi ancienne (72). Le Conseil prend en effet en compte le nombre d'accords collectifs touchés par la mesure litigieuse (« plusieurs centaines »), le nombre de salariés concernés (« plusieurs millions »), l'absence de contrariété des anciennes dispositions conventionnelles avec la nouvelle législation et même le fait que certaines de ces conventions correspondraient au contraire aux nouvelles attentes exprimées par le législateur, le fait que les partenaires disposent de la faculté de négocier de nouveaux accords sur le fondement de la loi nouvelle, sans attendre l'expiration de la période transitoire, et enfin que la suppression de certaines clauses des accords antérieurs « en modifierait l'équilibre et conférerait à ces accords antérieurs d'autres effets que ceux que leurs signataires ont entendu leur attacher ».

Or, il semble douteux, au regard de ces critères, que l'abrogation des accords collectifs ayant stipulé des durées d'essai plus courtes que celles fixées par la loi nouvelle soit conforme au principe de liberté contractuelle de l'article 4 de la DDHC, surtout si l'on considère que ces accords continueraient de produire effet en ce qu'ils prévoient la faculté de renouveler la période d'essai (73).

24. Prenons encore un autre exemple, fondé d'ailleurs sur la même loi et sur une idée comparable, quoiqu'un peu iconoclaste. L'article 9 de la loi du 25 juin 2008 a, on s'en rappellera, abrogé le dispositif du contrat « nouvelles embauches », par ailleurs jugé contraire à la convention 158 de l'OIT, et décidé que « les contrats "nouvelles embauches" en cours à la date de publication de la présente loi sont requalifiés en contrats à durée indéterminée de droit commun dont la période d'essai est fixée par voie conventionnelle ou, à défaut, à l'article L. 1221-19 du Code du travail ». Or, on peut s'interroger sur la conformité de cette abrogation au principe de liberté contractuelle (74). Il serait ici intéressant d'avoir la position du Conseil constitutionnel sur le sujet car il nous semble que la volonté du Législateur de se mettre en conformité avec la convention 158 de l'OIT pourrait caractériser le motif d'intérêt général justifiant l'atteinte portée à la liberté contractuelle, ce qui serait un moyen particulièrement judicieux d'intégrer indirectement l'inconventionnalité des lois dans le

(71) Art. 2, II. On peut en effet raisonnablement s'interroger sur la pérennité des clauses de renouvellement comprises dans les accords étendus et qui pourraient survivre « en ce qui concerne le renouvellement ». En ce sens une interprétation possible de la circulaire DGT n° 2009-5 du 17 mars 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires concernant la modernisation du marché du travail.

(72) Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, cons. 18.

(73) En ce sens nos analyses dans *Constitutions* n° 2010-2, à paraître. Dans cette hypothèse, l'application du régime transitoire déforme l'intention des partenaires sociaux qui avaient autorisé le renouvellement mais pour une durée par hypothèse plus courte que les nouveaux maximums légaux.

(74) Sur ce principe et l'impact de la QPC sur le droit (individuel) des contrats, l'étude de C. PÈRES dans la *RDC* 2010/2, pp. 539-556.

cadre du contrôle de constitutionnalité et de favoriser le phénomène de convergence des sources.

## 2. Le droit au repos

25. La réforme intervenue par la loi du 20 août 2008, dans son volet « durée du travail », a considérablement accéléré le processus de détachement du régime des cadres du droit commun de la durée du travail, singulièrement pour ce qui concerne le régime du forfait jour, autorisant certains salariés à travailler jusqu'à 281 jours par an. Or, il est loisible de s'interroger sur la compatibilité de cette durée maximum avec le droit au repos et à la santé proclamé par l'alinéa 7 du Préambule de 1946, même si on fera valoir, à raison, que ces salariés choisissent « librement » de travailler autant, et que le Législateur peut concilier ce droit avec d'autres droits constitutionnels, comme le principe de liberté d'entreprendre (75) ou ici celui de la liberté du travail.

## B — L'AVENIR DU DROIT DU TRAVAIL PASSÉ AU CRIBLE DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL D'ÉGALITÉ

26. Le droit du travail a, depuis ses origines, multiplié les traitements différenciés entre entreprises et entre salariés pour tenir compte d'un certain nombre de variables réelles, rompant ainsi avec la logique abstraitement égalitaire du droit civil. Le droit du travail module ainsi l'application des normes, et a construit des régimes objectivement inégalitaires, non seulement entre les salariés et leurs employeurs, dont les régimes sont clairement asymétriques, mais également entre entreprises et entre salariés, selon des critères tenant à leur statut, privé ou public, leur effectif, l'existence ou non de difficultés économiques, l'ancienneté des salariés, leur appartenance à une catégorie professionnelle (celle des ouvriers et employés, des cadres ou ingénieurs), leur âge, leur état de santé, etc.

À chaque fois que le Code du travail introduit un critère de différenciation entre salariés ou employeurs, se posera la question de l'atteinte au principe d'égalité, de l'appréciation des différences de situation et des motifs qui ont pu conduire le législateur à traiter différemment des personnes éventuellement placés dans des situations comparables. La doctrine et les acteurs ne s'y sont d'ailleurs pas trompés et c'est très certainement l'application du principe constitutionnel d'égalité qui fait planer sur le Code du travail la menace la plus préoccupante (76).

Tout va donc dépendre de l'intensité du contrôle exercé par les juridictions de cassation sur le « sérieux » des griefs, mais aussi, et peut-être surtout, sur l'intensité du contrôle que le Conseil constitutionnel exercera sur le travail législatif.

Les éléments dont on dispose aujourd'hui semblent plutôt indiquer que le Conseil, ici comme ailleurs, n'en-

tend pas s'ériger en censeur intransigeant, et les dernières décisions, singulièrement en droit du travail, montrent au contraire le désir de mettre en œuvre un contrôle modeste. Selon le Conseil, en effet, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (77). Lors de l'examen de la loi réformant le travail dominical, la discrétion du contrôle confine d'ailleurs au déni et le Conseil a balayé le grief d'atteinte au principe d'égalité entre les salariés amenés à travailler le dimanche après avoir affirmé, sans s'en justifier, que « les salariés travaillant le dimanche dans des zones ou communes touristiques en vertu d'une dérogation de plein droit liée aux caractéristiques des activités touristiques de celles-ci sont, au regard de l'objet de la loi, dans une situation différente de celle des salariés travaillant dans les "périmètres d'usage de consommation exceptionnel" en vertu d'une dérogation administrative temporaire » (78).

Le caractère variable du contrôle exercé par le Conseil a été parfaitement exposé par l'institution elle-même. Dans le commentaire accompagnant la décision sur le repos dominical en 2009, le rédacteur aux Cahiers indiquait, à propos du principe d'égalité, que « le Conseil constitutionnel lui donne toutefois une intensité variable selon les matières concernées : plus forte pour les droits civils et politiques, pour le droit pénal ou la procédure pénale, plus souple pour les droits économiques et sociaux ou la démocratie locale. Il refuse de l'appliquer lorsque le législateur règle de façon différente des situations différentes. Plus rarement, il accepte de l'écarter quand l'intérêt général l'exige. Dans tous les cas, que ce soit pour apprécier les différences de situation ou pour retenir l'intérêt général, les modulations doivent reposer sur des critères objectifs et rationnels au regard de l'objectif recherché par le législateur et cet objectif ne doit être ni contraire à la Constitution, ni entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Dès lors, il suffira au Conseil de constater que les personnes dont on compare le traitement ne sont pas dans la même situation, et que le Législateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation sur l'analyse des situations, pour que le texte soit validé. Le soufflé pourrait donc retomber rapidement, surtout si la Cour de cassation, anticipant sur ce contrôle, refusera de transmettre les QPC lorsqu'elle considérera que les textes déferés ne portent pas atteinte au principe d'égalité s'agissant de salariés, ou d'employeurs, placés dans des situations différentes (79).

27. De nombreuses atteintes au principe d'égalité ont commencé à être invoquées au soutien de QPC dans des domaines variables. Pour s'en tenir au droit du travail, le régime de la représentativité syndicale a été contesté notamment parce qu'il romprait doublement l'égalité

(75) Décision préc. n° 2009-588 DC du 6 août 2009, cons. 3.

(76) Sur cette probabilité, l'intervention de M. Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État, auditionné par le rapporteur du projet de loi organique devant l'Assemblée nationale, le lundi 5 mai 2009.

(77) Décision du 7 août 2008 en matière de durée du travail, cons. 7 et 8. Les principes du contrôle résultent de la décision n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, cons. 10.

(78) Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, Cons. 19. La justification apparaît en revanche plus nettement dans le commentaire de la décision aux Cahiers (n° 27).

(79) Dans l'un des arrêts rendus le 18 juin 2010 (arrêt n° 12075 P+B) la violation du principe constitutionnel d'égalité avait été clairement invoquée mais l'argument a été sèchement écarté par la Cour de cassation.

entre syndicats ayant obtenu une audience de 8 ou 10 % aux dernières élections professionnelles, et les autres, entre syndicats catégoriels et non catégoriels, et entre syndicats catégoriels affiliés à une organisation catégorielle représentative sur le plan national et interprofessionnel, et syndicats catégoriels non affiliés qui ne bénéficieront pas des modalités particulières de décompte de l'audience. Le grief pourrait toutefois être écarté, soit par la Cour de cassation dans le cadre de sa politique de filtrage des questions, soit par le Conseil se trouvant saisi, soit parce que les syndicats ne se trouvent pas dans une même situation, selon qu'ils sont ou non catégoriels, soit parce qu'un motif d'intérêt général justifierait les dispositions contestées, par exemple le souci de favoriser l'organisation des syndicats au niveau national et interprofessionnel dans le but d'un renforcement de leur légitimité et de leur capacité d'action (80).

28. La question du régime réservé aux cadres par le Code du travail pourrait également faire difficulté (81), et le Conseil constitutionnel devra se prononcer sur la conformité au principe d'égalité du régime de la représentativité des syndicats catégoriels puisqu'une QPC lui a été transmise sur le sujet (82). On sait en effet que la chambre sociale de la Cour de cassation, suivant en cela les analyses de la CJUE (83), refuse de considérer que la seule appartenance à une catégorie professionnelle puisse justifier une différence de traitement (84), à moins que celle-ci ne révèle une différence de situation (85). La Cour de cassation, réunie en assemblée plénière en 2009, a par ailleurs considéré que des différences de statut ne pouvaient justifier des différences de traitement dans la perception de primes versées « sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé » (86). Or, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur une question comparable, mais qui concernait il est vrai les relations collectives, lors de l'examen du changement de statut de La Poste et a pour sa part admis que des différences de statuts entre les personnes travaillant à La Poste justifiaient des différences de traitement en matière de droits collectifs (87).

Dès lors, le Conseil constitutionnel et les juridictions de cassation parviendront-ils à accorder leurs violons pour jouer une seule et même partition, ou se dirige-t-on tout droit vers une effroyable cacophonie? Le Conseil constitutionnel pourra-t-il considérer les dispositions issues de la loi du 20 août 2008 comme contraires, même partiellement, au droit syndical tel qu'il est affirmé et protégé par le Préambule de la

Constitution lorsque la Cour de cassation a préalablement affirmé leur conventionnalité (88)?

Le Conseil constitutionnel nous fournit très certainement une première réponse à l'occasion de l'une de ses toutes premières décisions QPC rendues en matière de retraite des ressortissants algériens (89). Dans cette décision, en effet le Conseil a affirmé que « si le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger ». Or, la prise en compte de la cherté des zones de résidence figure dans les motifs que l'employeur, ou les partenaires sociaux, peuvent prendre en considération pour prévoir des différences de traitement entre salariés, exerçant un travail égal ou de valeur égale, mais dans des établissements situés dans des zones différentes du territoire (90).

Dès lors, l'horizon pourrait se dégager si une conception commune de l'égalité (mais la remarque vaut d'ailleurs pour toutes les atteintes aux droits et libertés) pouvait se dégager et si la Cour de cassation, se livrant à un contrôle étendu du caractère « sérieux » du grief d'égalité, ne laissait au Conseil que des questions difficiles à régler, c'est-à-dire des questions qui, au regard de sa propre jurisprudence, seraient de nature à entraîner la censure du texte déferé.

## CONCLUSION

29. Le Législateur a mis en place en 2008 une réforme prudente destinée à corriger les atteintes les plus évidentes aux droits et libertés garantis par la Constitution et confié les clefs de la réussite de cette nouvelle procédure à des institutions qui n'ont aucun intérêt à se laisser déborder, comme le démontrent les premiers arrêts concernant le droit du travail. Après une première période où l'espoir le dispute à la curiosité, il est assez vraisemblable que la procédure de QPC trouvera sa place et que les juges sauront dialoguer pour préciser le rôle dévolu à chacun. Il est aussi assez prévisible que les autorités politiques en charge du contrôle initial de constitutionnalité seront piquées au vif et auront à cœur de soulager les juridictions en faisant examiner, de manière plus scrupuleuse, les lois portant atteinte aux droits et libertés. L'avenir de la QPC, singulièrement en droit du travail, reste donc à écrire ■

(80) En ce sens les décisions préc. du 18 juin 2010 où la Cour de cassation considère que « loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité ». Mais cette justification a prévalu pour écarter le grief tiré de la violation du principe de participation, et non pour statuer dans le cadre du principe d'égalité.

(81) Ainsi l'arrêt remarqué ayant réputé non écrite la clause d'une convention collective réservant une meilleure indemnité de licenciement pour les cadres: CA Montpellier, 4<sup>ème</sup> ch., 4 nov. 2009, n° 09/01816, Madame Carmon Lorca c./SCEA Cave coopérative L'occitane.

(92) Cass. QPC, 8 juill. 2010, préc.

(83) CJCE, 6<sup>ème</sup> ch., 26 juin 2001, aff. n° C-381/99, question préjudicielle: § 81.

(84) Cass. soc., 20 févr. 2008, société Alain Bensoussan, Dr. soc. 2008, p. 530, et la chron. - 1<sup>er</sup> juill. 2009, Dr. soc. 2009,

p. 1002, et les obs., p. 1169, chron. P.-A. ANTONMATTEI (semaine de congés payés supplémentaire).

(85) Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-43.762, inédit.

(86) Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 08-40.059, Lexbase hebdo, n° 341 du jeudi 12 mars 2009 - Édition sociale, chron. Ch. RADÉ (n° Lexbase: N7758B18); FDC 2009, p. 1501, note C. NEAU-LEDUC.

(87) Décision n° 2010-601 DC du 4 février 2010, loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

(88) Cass. soc., 14 avr. 2010, Dr. soc. 2010, p. 647, chron. L. PÉCAUT-RIVOLIER (seuil de 10 % pour apprécier la représentativité syndicale).

(89) Décision n° 2010-1 QPC préc. du 28 mai 2010, et le commentaire de C. WILLMANN.

(90) Dernièrement Cass. soc., 5 mai 2010, n° 08-45.502, Société nationale de télévision France 3, F-D. Lire « Variations autour de la justification des atteintes au principe "à travail égal, salaire égal" », Dr. soc. 2009, p. 399, et la chron.

Étude de législation comparée n° 208 - septembre 2010 - Les recours devant le juge constitutionnelNOTE DE SYNTHÈSE

En France le Conseil constitutionnel juge deux types principaux de contentieux. Le premier a trait au droit constitutionnel et le second au droit électoral.

Le Conseil statue sur la conformité à la constitution des lois avant leur promulgation et sur celle des engagements internationaux avant leur ratification ou leur approbation lorsqu'il est saisi par le président de la République, le premier ministre, le président du Sénat, celui de l'Assemblée nationale, 60 députés ou 60 sénateurs. Ses décisions, qui interviennent avant l'entrée en vigueur des dispositions contestées, peuvent les censurer de façon totale ou partielle et empêcher leur entrée en vigueur.

Le Conseil examine de façon systématique les lois organiques et les règlements des assemblées.

Il est le juge de la répartition des compétences fixées par la constitution entre la loi et le règlement ainsi qu'entre l'État et une collectivité d'outre-mer.

Il statue également sur les incompatibilités avec les fonctions parlementaires, et en matière de contentieux électoral sur l'élection du président de la République, sur celle des membres du Parlement ainsi que sur les opérations de référendum.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a élargi ses compétences en instituant une question prioritaire de constitutionnalité. L'article 61-1 de la constitution dispose désormais que lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction quelconque il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

L'article 62 précise qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle dans ce cadre est abrogée à compter de la décision du Conseil ou d'une date fixée par cette décision et que le juge constitutionnel détermine les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Un justiciable peut donc, pour la première fois en France, obtenir de façon indirecte l'abrogation d'une loi.

L'analyse des systèmes existants dans les six États objets de la présente note, à savoir l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et les États-Unis montre qu'il convient de distinguer :

- les matières qui font l'objet d'un contrôle du juge constitutionnel ;
- les modalités de ce contrôle ;
- les voies de droit ouvertes aux particuliers pour saisir le juge constitutionnel ;
- et enfin les effets des décisions juridictionnelles rendues par ce juge.

Il résulte tout d'abord de ces analyses que si toutes les juridictions objets de l'étude statuent sur la conformité des normes à la constitution, nombre d'entre elles sont également dotées de compétences additionnelles comme le contentieux électoral ou référendaire.

On constate en outre que :

- les types de recours qu'il est possible d'intenter sont substantiellement différents dans chacun des pays ;
- si le champ des recours est large, le droit de saisir le juge constitutionnel est strictement limité, notamment pour les particuliers ;
- la faculté de poser une question préjudicielle au juge constitutionnel est parfois assortie d'un filtre ;
- seuls deux États ont institué un contrôle « concret » ;
- les effets des décisions : annulation, abrogation ou non application d'une norme peuvent parfois être modulés à l'initiative du juge constitutionnel ;
- et enfin que plusieurs dispositifs contiennent des normes spécifiques en ce qui concerne l'effet des décisions des cours constitutionnelles sur les jugements rendus en matière pénale.

· Les principales formes de recours sont variées

Les diverses formes de contrôle de constitutionnalité exercé par le juge ne sont nullement homogènes

Ainsi le contrôle avant l'entrée en vigueur des dispositions contestées est pratiqué uniquement au Portugal

Le contrôle après l'entrée en vigueur des normes existe dans tous les pays considérés, selon des modalités diverses.

Le contrôle « concret », c'est-à-dire à l'occasion d'un litige, n'est possible qu'au Portugal et aux États-Unis, où le juge constitutionnel statue sur la décision prise par une juridiction au sujet d'une question qui a trait au respect de la constitution. En effet, dans ces deux systèmes, toutes les juridictions inférieures exercent un contrôle de constitutionnalité sans pouvoir poser, à ce titre, de question préjudicielle.

Enfin la saisine du juge constitutionnel par le biais d'une question préjudicielle est prévue en Allemagne, en Belgique, en Espagne et en Italie.

#### - Le champ des recours est large

Chacune des cours constitutionnelles auxquelles est consacrée la présente étude est chargée de vérifier la constitutionnalité des règles de droit contestées devant elle. Cependant, cette compétence générale se double explicitement de compétences spécifiques telles que :

- la protection des droits fondamentaux de la personne aussi bien en Allemagne qu'en Espagne où s'applique la procédure très spécifique de l'*amparo* ;
- la protection de l'état de droit contre les factions et les mouvements extrémistes, comme en Allemagne et également au Portugal, pays où le juge contrôle de surcroît l'enregistrement des partis, leurs comptes et ceux des campagnes électorales ;
- la répartition des compétences entre les pouvoirs publics nationaux et les collectivités territoriales comme en Allemagne, en Belgique, en Espagne et en Italie ;
- le contentieux électoral, qu'il s'agisse de celui des élections au Bundestag en Allemagne, de l'éligibilité au Parlement et de l'élection des propres membres de la cour constitutionnelle en Italie, ainsi que, au Portugal, de l'élection du président de la République, des parlementaires et des membres des assemblées des régions autonomes et de ceux du Parlement européen ;
- le jugement des accusations portées contre le président de la République en Italie ;
- la recevabilité des demandes de référendum, en Italie et au Portugal ainsi que dans ce second pays la légalité de l'organisation de ces votations ;
- et le contrôle de l'« inconstitutionnalité par omission » dans le même pays

#### - Le droit de saisir le Juge constitutionnel est souvent strictement limité

Les textes restreignent l'accès aux juridictions constitutionnelles à des catégories limitées de requérants à savoir :

- le conseil des ministres, les présidents des assemblées législatives à la demande des deux-tiers de leurs membres et les personnes physiques ou morales de droit public ou privé en Belgique ;
- le président du gouvernement, l'équivalent du médiateur de la République, cinquante députés ou cinquante sénateurs, les autorités exécutives et les assemblées des communautés autonomes pour les seuls recours qui concernent des actes qui empiètent sur le champ de compétences de ces collectivités territoriales en Espagne ;
- la personne concernée par la violation d'un droit individuel, le défenseur du peuple et le ministère public pour l'*amparo* dans le même pays ;
- le président de la République, le premier ministre, un cinquième des députés à l'Assemblée de la République et les représentants de la République dans les régions autonomes au Portugal ;
- dans le cas particulier du contrôle « concret » mis en œuvre au Portugal, c'est-à-dire sur une décision d'un juge statuant sur une question constitutionnelle, le président de la République, le président de l'Assemblée de la République, le premier ministre, le médiateur de la République, le procureur général de la République un dixième des députés à l'Assemblée de la République, le représentant de la République dans une région, l'assemblée législative de cette collectivité, son président, un dixième de ses membres et le président du gouvernement régional ;
- et enfin le président de la République, le médiateur et le président de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale dans le cas du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission au Portugal

Cependant en Allemagne et en Italie la constitution et la loi organique ne dressent pas de liste des requérants potentiels

#### · La saisine par les particuliers

Les particuliers ont un accès direct ou indirect à la juridiction constitutionnelle.

L'action directe la plus originale, l'*amparo*, permet en Espagne à un particulier d'obtenir la protection de ses droits constitutionnels. Sa recevabilité n'est soumise qu'à l'obligation d'avoir épuisé l'ensemble des autres voies de recours. Saisi d'un tel recours, le juge peut déclarer la nullité de la décision qui viole les droits individuels, déterminer l'étendue de ceux-ci, reconnaître le droit ou la liberté publique en question et rétablir le requérant dans l'intégrité de son droit ou de sa liberté en édictant des mesures propres à en garantir la conservation.

En Allemagne en revanche, l'action directe du particulier pour obtenir la protection d'un droit fondamental lésé par un acte de puissance publique est non seulement soumise à l'obligation d'avoir épuisé l'ensemble des autres voies de recours mais aussi à l'autorisation préalable de la cour constitutionnelle. Elle ne peut, en outre, être intentée que dans le mois à compter de la notification de l'acte ou, pour les lois et règlements, dans l'année suivant la promulgation.

La Belgique connaît un système d'action directe ouverte dans les six mois suivant la publication du texte contesté, à condition d'avoir un intérêt à agir et sous réserve d'une procédure de filtrage.

Au Portugal, le seul cas où un particulier puisse intenter une action en constitutionnalité devant le tribunal constitutionnel est celui où il conteste la décision du juge du fond qui a interprété la constitution dans le cadre du contrôle « concret ».

Enfin une action indirecte peut être introduite par un particulier devant une juridiction au cours d'un procès afin que le juge du fond adresse une question préjudicielle au tribunal constitutionnel. Il en est ainsi en Italie et en Belgique. Dans ce pays, la cour constitutionnelle peut également « filtrer » les recours, étant entendu que les cours suprêmes des ordres juridictionnels ont l'obligation de saisir la cour constitutionnelle lorsque les parties le leur demandent.

#### · La question préjudicielle peut être assortie d'un « filtre »

Si le contrôle de constitutionnalité est aussi effectué à l'occasion d'un contentieux préjudiciel en Allemagne, en Belgique, en Espagne et en Italie, la saisine du juge n'est soumise à un « filtre » qu'en Allemagne et en Belgique étant observé qu'aux États-Unis, où il n'existe pas de question préjudicielle, la cour est maîtresse de son ordre du jour et choisit les affaires dans lesquelles elle rend des décisions.

#### · Les États-Unis et le Portugal ont institué une forme de contrôle « concret »

Il existe dans ces deux États, un contrôle « concret » qui intervient après qu'un tribunal a apprécié la constitutionnalité d'une disposition. Le tribunal constitutionnel statue alors en appel de la décision du juge du fond.

Au Portugal, le recours est ouvert aux parties dans les dix jours suivant la notification de la décision du tribunal qui a statué en premier ressort, ainsi qu'au ministère public qui est tenu de déposer un recours si la norme que le tribunal refuse d'appliquer est un traité, une loi, le règlement d'application d'une loi ou encore si la décision de justice applique une norme précédemment déclarée contraire à la constitution par le Tribunal constitutionnel.

Dans les deux cas, la norme déclarée contraire à la constitution, qui subsiste dans l'ordonnement juridique, devient inapplicable à l'espèce. En outre, au Portugal les normes qui ont fait l'objet de trois déclarations d'inconstitutionnalité à l'occasion de l'exercice du contrôle « concret » peuvent être déferées au juge constitutionnel afin qu'il procède à un contrôle abstrait dont les effets se feront, eux, sentir *erga omnes*.

Enfin au Portugal, si la norme est déclarée non-conforme à une disposition constitutionnelle qui lui est postérieure, la décision du tribunal ne produit ses effets qu'à partir de l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle.

#### · Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme

##### *Le cas du contentieux « abstrait »*

Au Portugal, seul pays étudié qui ait institué un contrôle de constitutionnalité antérieur à l'entrée en vigueur d'une norme, lorsque le juge saisi d'un recours en annulation déclare cette norme contraire à la constitution, sa décision a pour effet de la rendre inapplicable : elle ne peut entrer en vigueur.

Dans les États qui ont recours à un contrôle de constitutionnalité « abstrait » postérieur à l'entrée en vigueur de la loi, la constatation de l'inconstitutionnalité d'une norme a pour effet :

- de l'annuler, c'est-à-dire de la supprimer de l'ordonnement juridique à titre rétroactif comme au Portugal en Allemagne et en Belgique ;

- ou de l'abroger c'est-à-dire de la supprimer pour l'avenir, comme en Espagne et en Italie.

#### *Le cas du contentieux préjudiciel*

Quatre États étudiés ont ouvert aux juridictions du fond la possibilité de demander avant dire droit au juge constitutionnel de statuer sur la constitutionnalité d'une loi. Ces décisions lient les juridictions appelées à statuer sur le fond.

L'Allemagne et l'Espagne ont prévu que les décisions déclarant l'inconstitutionnalité d'un texte rendues à titre préjudiciel produisent des effets à l'égard de tous les requérants potentiels.

En Italie, les décisions d'annulation rendues en matière préjudicielle ont aussi un effet *erga omnes*, cependant, celles qui rejettent les moyens soulevés par un recours ne valent que pour le juge qui a posé la question.

En Belgique, les décisions de la cour rendues à titre préjudiciel ne lient que les juridictions appelées à statuer dans l'affaire. Si une norme examinée dans ce cadre est déclarée contraire à la constitution, elle subsiste dans l'ordonnement juridique. Cependant un recours en annulation peut être formé par le Conseil des ministres, un gouvernement de communauté ou de région, les présidents des assemblées législatives à la demande de deux-tiers de leurs membres et toute personne physique ou morale. Il est déposé dans un délai de six mois à dater de la notification de l'arrêt aux autorités mentionnées ou à compter de la date de publication au journal officiel.

#### *Le cas du contentieux « concret »*

Le cas des États-Unis est spécifique, puisque le contrôle du juge ne s'exerce qu'à l'occasion d'un litige particulier et que la cour suprême n'annule pas la disposition mais se contente de la déclarer inapplicable à l'espèce.

Au Portugal, lorsque le juge constitutionnel est saisi d'une décision rendue au fond sur une question constitutionnelle, il peut ordonner au juge de modifier cette décision. L'arrêt rendu ne vaut qu'entre les parties. Cependant, si une norme est jugée inconstitutionnelle dans trois affaires où ce type de contrôle s'est exercé, plusieurs autorités ont le droit de saisir le tribunal constitutionnel afin qu'il déclare, dans le cadre d'un contrôle abstrait, cette fois - et donc par une décision qui a des effets *erga omnes* - la norme contraire à la constitution ce qui a un effet équivalent à une annulation.

#### *L'incidence des arrêts du juge constitutionnel sur les décisions de justice*

Les effets des décisions des cours constitutionnelles sur les décisions de justice sont les suivants.

En Allemagne, le tribunal constitutionnel peut, après avoir annulé une décision juridictionnelle, renvoyer l'affaire si elle est susceptible de recours devant une autre juridiction. En revanche, les décisions juridictionnelles insusceptibles de recours ne peuvent être réformées. Elles restent en l'état mais sont inapplicables. Enfin si le jugement qui s'appuie sur une loi contraire à la loi fondamentale a été rendu au pénal, le requérant peut demander la réouverture de la procédure au fond.

La déclaration d'inconstitutionnalité n'a en principe pas d'effet sur les décisions juridictionnelles qui ont reçu l'autorité de la chose jugée en Espagne.

En Belgique les décisions de justice passées en force de chose jugée, restent en vigueur mais peuvent être ultérieurement annulées de plein droit à l'issue d'une procédure de « rétractation » introduite devant le juge qui a rendu le jugement, dans les six mois de la publication de l'arrêt du juge constitutionnel. Quant aux actes des autorités administratives fondés sur un texte annulé, ils demeurent en vigueur mais peuvent faire l'objet d'un recours administratif ou juridictionnel.

#### *La modulation de l'effet de ses décisions par le juge*

Plusieurs législations permettent au juge constitutionnel de moduler l'effet de ses décisions.

En Allemagne, le juge peut demander au législateur, à l'issue de l'annulation d'une loi, d'adopter des dispositions nouvelles dans un délai qu'il détermine et prévoir que les dispositions contraires à la constitution resteront en vigueur dans l'intervalle.

De même en Belgique la cour peut-elle moduler les effets de ses décisions et, le cas échéant, indiquer les effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenir provisoirement des dispositions inconstitutionnelles en vigueur pour un délai qu'elle détermine.

En Italie, la cour constitutionnelle s'est reconnue la compétence de moduler les effets de ses décisions soit en ajoutant une norme qui faisait défaut, soit en retranchant une disposition d'un texte et en lui substituant celle qu'elle juge conforme à la constitution.

Au Portugal enfin, bien que sa décision ait des effets *erga omnes*, à l'issue du contrôle a priori et du contrôle abstrait, le tribunal constitutionnel peut limiter les effets de ses arrêts afin de préserver la sécurité juridique, l'équité ou le respect d'un intérêt public d'importance exceptionnelle.

**· La prise en compte des effets des arrêts des cours constitutionnelles sur les décisions juridictionnelles rendues en matière pénale**

Les dispositions constitutionnelles et organiques en vigueur dans quatre pays prévoient explicitement les conditions dans lesquelles se font sentir les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi sur des sanctions pénales, disciplinaires, voire administratives auxquelles elle a servi de base juridique.

En Allemagne, l'arrêt du tribunal constitutionnel qui casse une décision juridictionnelle rendue au pénal a pour effet de rendre recevable une demande de réouverture de la procédure au fond.

En Belgique, les décisions de justice rendues au pénal qui se fondent sur une norme annulée et qui sont passées en force de chose jugée, restent en vigueur mais peuvent être annulées à l'issue d'une procédure de « rétractation » introduite devant la juridiction qui a rendu le jugement, dans un délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt du juge constitutionnel au journal officiel.

En Espagne, si un arrêt de la cour constitutionnelle entraîne l'annulation d'une norme appliquée pour prononcer une sanction pénale ou une sanction consécutive à un contentieux administratif, cette décision aboutit à la réduction de toute peine ou sanction fondée sur la disposition retranchée de l'ordonnement juridique. De même, en Italie, l'annulation d'une disposition supprime les condamnations prises sur son fondement et devenues définitives, y compris celles qui sont en cours d'exécution.



Vous êtes ici > Accueil > Français > Les décisions > Accès par date > Décisions depuis 1959 > 2010 > 2010-63/64/65 QPC

## Décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010

### Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie [Représentativité syndicale]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 septembre 2010 par la Cour de cassation (chambre sociale, arrêts n° 1947, 1948 et 1949 du 20 septembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, de trois questions prioritaires de constitutionnalité posées respectivement par :

- Mme Katia P. et le syndicat Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2122-2 du code du travail (QPC n° 2010-63) ;
- Mme Laurence S. et le Syndicat national du personnel navigant commercial et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 2122-1, L. 2122-2 et L. 2143-3 du même code (QPC n° 2010-64) ;
- le Syndicat national des praticiens de mutualité agricole et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 2122-2 du même code (QPC n° 2010-65).

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 déclarant l'article L. 2122-2 du code du travail conforme à la Constitution ;

Vu le code du travail ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour Mme Laurence S. et le Syndicat national du personnel navigant commercial par la SCP Ghestin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 12 octobre 2010 ;

Vu les observations produites pour la Mutualité sociale agricole du Maine-et-Loire par la SCP Celice, Blancpain, Soltner, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 12 et 27 octobre 2010 ;

Vu les observations produites pour la société BRIT AIR par la SCP Celice, Blancpain, Soltner, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 12 octobre 2010 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 13 octobre 2010 ;

Vu les observations produites pour la CGT APAVE SUD EUROPE par Me Karim Hamoudi, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 26 octobre 2010 ;

Vu les observations produites pour le Syndicat national des praticiens de mutualité agricole, Mme Isabelle D. et M. Guy R. par la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 27 octobre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes aux dossiers ;

Me Claire Wacquet pour Mme D., M. R. et le Syndicat national des praticiens de mutualité agricole, Me Damien Celice pour la société BRIT AIR et la MSA du Maine-et-Loire et M. Xavier Pottier désigné par le

Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 4 novembre 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'il y a lieu de joindre ces questions prioritaires de constitutionnalité pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2121-1 du code du travail : « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :

« 1° Le respect des valeurs républicaines ;

« 2° L'indépendance ;

« 3° La transparence financière ;

« 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ;

« 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ;

« 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;

« 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations. »

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2122-1 du même code : « Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants » ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2122-2 : « Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L. 2121 1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants » ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2143-3 : « Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur.

« S'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

« La désignation d'un délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif de cinquante salariés ou plus a été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes » ;

6. Considérant que, selon les requérants, ces articles méconnaissent la liberté syndicale, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et le principe d'égalité devant la loi ;

7. Considérant, en premier lieu, que, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 7 octobre 2010 susvisée, en définissant des critères de représentativité des syndicats et en fixant un seuil de représentativité à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, par suite, les articles L. 2121 1 et L. 2122-1 du code du travail ne sont pas contraires à la Constitution ;

8. Considérant, en deuxième lieu, que, par la même décision du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 2122-2 du code du travail qui institue des règles particulières de calcul de l'audience des syndicats catégoriels ; que, par suite, il n'y a pas lieu de procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité de cet article ;

9. Considérant, en troisième lieu, qu'en imposant aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, l'article L. 2143-3 associe les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte ; qu'en adoptant cet article, le législateur n'a pas méconnu le principe de la liberté syndicale énoncé par le sixième alinéa du Préambule de 1946 ;

10. Considérant que les articles L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2143 3 du code du travail ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

**D É C I D E :**

Article 1er.- Il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la Cour de cassation et portant sur l'article L. 2122-2 du code du travail.

Article 2.- Les articles L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2143-3 du même code sont conformes à la Constitution.

Article 3.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 10 novembre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 12 novembre 2010.

Journal officiel du 13 novembre 2010, p. 20238 (@ 94)

Les candidats ne doivent en aucun cas signer leurs compositions.

Ministère du Travail,  
de l'Emploi et de la Santé

5 janvier 2012

Note à l'intention de  
Monsieur le Directeur,

Objet: Question juridique de constitutionnalité.  
L'usage abusif du champ du Droit social, éléments de  
convergence avec 6 pays.

Références: infirmité constitutionnelle du 23 juillet 2008. Art. 61.1  
de la Constitution. Loi organique 2009-1523 du 10 décembre  
2009 relative à l'application de l'article 61.1 de la  
Constitution.

Les "questions juridiques de constitutionnalité" et le droit  
reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou à  
une existence de fait qui est une disposition législative  
atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.  
Les droits et libertés fixés dans la Constitution du 6 octobre  
1958, ainsi que le texte auquel renvoie le préambule de  
cette même Constitution. (Déclaration des droits de l'homme de 1789,  
les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République  
(préambule de la Constitution de 1946), la charte de l'environnement  
de 2004.

Ne rien écrire

dans la partie barrée

La qualification de première instance qu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou une cour d'appel et doit être examinée sans délai.

De même lorsque une de ces juridictions est saisie de moyens qui contestent d'un fait le caractère honoral de la loi et d'autre part le défaut de conformité de cette loi aux traités et accords internationaux (exception de l'exceptionnalité), la juridiction doit d'abord examiner la question de caractère honoral de la loi. Le droit de caractère honoral est développé particulièrement à l'égard du droit du travail. Dans les lieux sont relativement récents.

Les premiers ordonnances rendues par le Conseil Constitutionnel relatives au droit du travail sont intervenues à partir de 1975 (création de la base professionnelle). En 1979 avec la loi Boulin qui le Conseil Constitutionnel promulgue de première instance. (réforme de juridictions pour l'homme.)

Malgré plusieurs ordonnances intervenant le droit du travail, jusqu'à lors, le droit du travail et le droit de caractère honoral coexistent en parallèle.

A date de la décision "176" rendue par 1975, le Conseil a promu une conception "classique" du contrôle de la conformité de la loi à des normes supérieures en se réservant au moment de l'adoption de la loi par le Parlement et avant leur promulgation par le Président de la République, et ce afin d'assurer le respect effectif de l'article 55 de la Constitution de renvoi aux juridictions judiciaires et administratives afin qu'elles contrôlent leur exceptionnalité.

Dans ce contexte, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité  
s'inscrit à toute la durée de vie de la constitution au premier  
changement dans le règlement de la loi.

La question prioritaire de constitutionnalité, élément  
majeur intervenu dans le système juridique impose  
de s'interroger sur l'impact possible de la réforme  
sur d'autres travaux dans une première partie, et dans  
un second temps, de s'interroger à l'égard de la réforme  
auparès dans d'autres pays.

## I Impact possible de la réforme de la Constitution

a) Impact possible de cette nouvelle procédure sur les  
nouveaux aspects applicables aux relations professionnelles.

- a) Conditions de mise en œuvre de la question prioritaire  
de constitutionnalité

Le art du Code du Travail oblige directement de voir  
des principes à dire. La réforme de 2008 n'a pas eu  
un premier temps. change radicalement l'état de droit. Ce  
contrôle apparaît plus restreint que celui exercé par le  
Conseil Constitutionnel lors de la promulgation de la loi.

Pour autant, certains juges, notamment ceux du Conseil  
Constitutionnel ont contribué aux changements de cette loi.

- b) L'avenir de la question prioritaire de constitutionnalité en  
droit du Travail

plusieurs facteurs peuvent limiter l'impact de son introduction  
en droit du Travail

- l'existence de techniques alternatives de protection de  
droits et libertés déjà modérées. En effet, la loi  
Constitutionnelle de 23 juillet 2008 et la loi organique du  
10 décembre 2009 portent des conditions telles qu'elle sont  
debut de façon qui limitent l'accès à cette voie.

La question prioritaire de constitutionnalité a pour objet  
de contrôler la conformité de la loi à la constitution. Elle  
ne contrôle donc pas la conformité de la jurisprudence de la  
Cour de Cassation. Par ailleurs, seuls le nom constitutionnel  
ne peuvent être modifiés, à la différence du contrôle initial

et par ce par le Conseil dans le cadre de l'art et de la Constitution.  
seuls sont en effet protégés les droits et libertés que la  
Constitution garantit.

Les dispositions antérieures doivent être applicables au litige ou à la  
procédure, et au droit constitutif le fondement de la prétention  
de la loi dérivée ne doit pas avoir déjà été aboli ou refusé au  
la Constitution et en fin l'argument devrait être présenté  
sur caractère "nouveau" et "sérieux" pour être transmis  
par les juges de cassation au Conseil Constitutionnel.

### B) Précis du Code du Travail après la question juridique de constitutionnalité

#### a) Des libertés et des droits

D'autres techniques permettent de protéger les libertés  
et libertés réalisées par le législateur. Le Conseil  
de constitutionnalité et le recours à la question juridique  
devient la voie de justice de l'Union Européenne sont  
courants.

Dans ce contexte, la question juridique de constitutionnalité  
doit être cherchée et trouvée à l'écrit.

La loi organique du 10 décembre 1959 donne priorité  
à ce recours si c'est en usage en même temps que un  
système de la constitutionnalité.

Indépendamment des aspects procéduraux, il apparaît  
que les juges ont plus de chances d'échapper à  
l'application d'une disposition antérieure à un droit  
fondamental en invoquant son inconstitutionnalité de  
préférence à la mise en œuvre de la question juridique  
de constitutionnalité.

#### b) Etat des lieux de la question juridique de Constitutionnalité

Elle présente toutefois l'avantage de permettre au  
Conseil de l'adoption de la disposition antérieure  
alors que l'inconstitutionnalité d'une disposition est faite  
au litige.

L'arrêt du succès de la question juridique de  
constitutionnalité de pendre des juridictions de cassation.



qu'envisageant aux fins de la demande et de la  
 justification de l'acte mise en œuvre par le Conseil  
 Constitutionnel.

Le Conseil a eu en face en 2008 une  
 réforme houleuse de l'acte à l'origine de la loi  
 la plus récente aux droits et libertés garantis  
 par la Constitution.

Plus de questions concernent le droit de travail  
 ont été transmises au Conseil Constitutionnel.

(voir discussion de présentation syndicale 12-Nov. 2010 -  
 décret de 17000 - 27 sept 2011)  
 La deuxième partie de la liste et annonce à l'égard  
 de la législation comparée avec 6 pays -

II Analyse des systèmes existant dans 6 pays, à savoir  
l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le  
Portugal et les États-Unis.

a) la juridiction de ces pays s'étend sur la  
confrontation des normes à la Constitution.

Les types de recours qui est possible actuellement sont  
 différents d'un pays à l'autre. Le caractère de  
 recours est large, le droit de saisir le juge constitutionnel  
 est strictement limité pour les particuliers.

La faculté de poser une question prioritaire au juge  
 est accordée parfois à l'État. Seuls, deux États  
 ont mis leur État partie "indirect".

Il faut noter que le contrôle avant l'entrée en vigueur  
 de dispositions contestées est pratiqué uniquement au Portugal  
 et en cas de recours plus large  
 chacune de leurs Constitutions est chargée de vérifier

la constitutionnalité des règles de droit constitutionnelles  
 la production des actes fondamentaux de la personne  
 aussi bien en Allemagne que l'Espagne et le Portugal.

Le rôle de la Cour de cassation est le pouvoir public  
 national et la collation juridictionnelle comme en Allemagne  
 en Belgique et en Italie - jugement de cassation porté  
 contre le Procureur -

b) le droit de saisir le juge constitutionnel est souvent  
limité

Une restriction à l'accès aux juridictions  
constitutionnelles, seule une catégorie de requérants  
est admise, à savoir: le Conseil des ministres, le  
président de l'assemblée, le Président de la République.

### b) Le recours par le particulier

Les particuliers ont eu accès direct ou indirect à  
la juridiction constitutionnelle.

La question préjudicielle peut être posée d'un  
"fidei" en Allemagne.

La Belgique connaît un système d'action directe  
ouverte dans les 6 mois suivant la publication de  
la loi contestée.

a) Dans le cas du contentieux "a posteriori", le Portugal,  
seul pays qui ait institué un contrôle de constitutionnalité  
antérieur à l'entrée en vigueur d'une norme.

Lorsque le juge auroit reçu un recours en annulation de l'état  
cette norme initiale en la constitution, se produirait pour  
effet de la rendre inapplicable.

### b) Le cas du contentieux préjudiciel.

Quelques pays ont accordé aux particuliers de plein  
la possibilité de demander avant tout droit au juge  
constitutionnel de statuer sur la constitutionnalité  
d'une loi. L'Allemagne est l'exemple par excellence que les  
décisions de l'organe d'incorporation constitutionnelle d'une loi  
produit le effet à l'égard de tous les requérants  
particuliers.

c) La modalité de l'effet de l'ordonnance de  
au Allemagne, Belgique, Italie, Japon, Espagne  
permettant au juge constitutionnel de rendre l'effet de  
leur décisions.

111
-----

CODE CORRECTEUR

*Les candidats ne doivent en aucun cas signer leurs compositions.*

---

M. ...

Direction de ...

Nota de synthèse à Monsieur le  
Directeur sur la question prioritaire de constitutionnalité  
et ses enjeux dans le champ du droit social suivie  
de quelques éléments de comparaison avec d'autres pays

La "question prioritaire de constitutionnalité" est le droit reconnu  
à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de  
soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et  
libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité  
de la question sont réunies, il appartient au Conseil Constitutionnel,  
saisi sur renvoi par le Conseil d'Etat et la Cour de  
cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition  
législative.

La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par  
la Réforme Constitutionnelle du 23 juillet 2008. Avant la réforme

.../...

il n'était pas possible de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Néanmoins, les justiciables jouissent de ce droit nouveau en application de l'article 61-1 de la Constitution : "lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question par renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé." L'article 62 précise qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle dans ce cadre est abrogée à compter de la décision du Conseil ou qu'une date fixée par cette décision et que le juge constitutionnel détermine les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Un jus cogens peut donc pour la première fois en France, obtenir de façon indirecte l'abrogation d'une loi.

On entend par "disposition législative" un texte adopté par l'Assemblée tenant le pouvoir législatif. C'est donc essentiellement un texte voté par le Parlement. <sup>(C'est la loi organique ou ordonnance ratifiée par le Parlement)</sup> Ce peut être aussi une loi de la Nouvelle-Calédonie. Les actes administratifs (ordonnances qui n'ont été ratifiées, les décrets, les arrêtés ou les décisions individuelles), le contrôle relatif de la compétence des juridictions administratives peuvent pas être l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

On entend par recours en révision que la Constitution garantit, les droits et libertés qui figurent dans la Constitution du 4 octobre 1958 telle que modifiée à plusieurs reprises, et, dans les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, à savoir :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789;
- le Préambule de la Constitution de 1946;
- les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1946); par exemple, la liberté d'association ou la liberté d'enseignement,
- la Charte de l'environnement de 2004.

La question, lorsqu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou une Cour d'appel, doit être examinée sans délai. Le temps d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité doit s'imputer sur le temps de la procédure et ne doit pas la retarder.

### Rappel du schéma procédural

#### CONTENTIEUX

- devant <sup>l'</sup>quelle juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat

#### QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ (Q.P.C.)

- écrit, distinct et motivé démontrant la non-conformité d'une disposition législative aux droits et libertés garantis par la Constitution

.../...

Soit LE JUGE DU FOND (1<sup>ère</sup> instance ou pour la 1<sup>ère</sup> fois en appel)  
statue "sans délai" par décision motivée sur la transmission  
de la QPC :

- si refus de transmission : constatation possible dans un recours  
contre la décision réglant tout ou partie du litige
- si transmission : dans un délai de 8 jours de la QPC au  
Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation

Soit directement la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat statue  
dans un délai de 3 mois sur la transmission de la QPC au Conseil  
Constitutionnel

Il y a ensuite Audience publique et contradictoire devant le Conseil  
Constitutionnel, et décision du Conseil Constitutionnel dans un délai de  
3 mois.

Ainsi, les délais de procédure qui font courir le commencement d'une QPC  
peuvent seulement retarder le temps du procès d'une durée maximale  
d'environ six mois. Au-delà, si l'engagement d'une procédure de QPC  
entraîne en principe la suspension du procès, le législateur a défini  
des exceptions à déroger au sursis à statuer :

- la juridiction doit décider de ne pas surseoir à statuer lorsque  
personne est privée de liberté à raison de l'instance ;
- la juridiction peut décider de ne pas surseoir à statuer si elle  
est tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence  
Cette situation concerne principalement le juge des référés puisque  
l'urgence est une condition de sa compétence. Ces hypothèses constituent  
autant de mesures de nature à chasser l'intention dilatoire

.../...



D'autre part, lorsque la juridiction est saisie de moyens qui contestent à la fois la constitutionnalité de la loi (question de constitutionnalité) et le défaut de conformité de cette loi aux traités et accords internationaux (exception d'inconstitutionnalité), la juridiction doit d'abord examiner la question de constitutionnalité.

La QPC ne peut être posée que par avocat. En revanche, devant les juridictions où une partie peut assurer elle-même sa défense, il est possible de déposer directement une QPC. Cette QPC peut être posée au cours de toute instance devant une juridiction de l'ordre administratif (relève du Conseil d'État) ou judiciaire (relève de la Cour de Cassation), et, en première instance, en appel ou en cassation. Toute juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation peut être saisie d'une QPC. Seule la Cour d'Appel ne peut en être saisie.

Enfin, en matière criminelle, la QPC peut être posée soit devant le juge d'instruction, soit après, à l'occasion d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

#### LES ENJEUX DE LA QUESTION PRÉJUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DANS LE CHAMP DU DROIT SOCIAL

La QPC se présente comme un accélérateur de temps. En matière sociale, est souvent reproché à la jurisprudence son caractère rétroactif, mais avec le décalage que le temps du procès impose en s'intercalant longuement entre les événements et la chose jugée. La QPC peut permettre d'offrir, dans certaines circonstances, une réponse judiciaire efficace à ces critiques justifiées.

-10-

Les modalités pratiques de mise en œuvre de cette nouvelle question prioritaire de constitutionnalité ont été précisées ultérieurement par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, les décrets de 210 (n° 210-148 et n° 210-149 du 16 février 2010) et les circulaires n° CIV/04/10 du ministre de la Justice et des libertés du 24 février 2010 et 36/SADJIV du 1er mars 2010. C'est un outil stratégique pour les organisations syndicales et pour les entreprises. Chaque disposition, au passage présente dans le cadre législatif du Code du travail, est désormais susceptible d'être soumise à la question prioritaire de constitutionnalité.

- Deux décisions récentes de la chambre sociale de la Cour de cassation illustrent concrètement le degré d'exposition à la QPC :
- arrêt rendu le 18 janvier 2011, la Cour de cassation a gravement amputé la faculté pour un employeur d'invoquer une cessation d'activité pour justifier un licenciement économique ;
  - arrêt rendu le 1er février 2011, la Cour de cassation a jugé que "la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise."

Les premières décisions de la Cour de cassation datent du 18 juin 2010 (arrêts n° 10-40.007 ; n° 10.078 P+B ; n° 10-40.005 ; n° 10-40.006, n° 10-40.007 P+B ; n° 10-14.149 ; n° 10.075 notamment attendues sur la loi du 20 août 2008 dans son volet "démocratie sociale" pour ce qui concerne le seuil d'audience électorale de 10% exigé pour qu'un syndicat soit représentatif et l'exigence d'élus par les syndicats prétendant avoir des représentants au comité d'entreprise dans les entreprises de 300 salariés et plus. La 3ème QPC concernait la prescription quinquennale des gains de salaires (articles L. 3245-1 du Code du travail et 2224 du Code civil). La seule QPC concernant plus largement le droit social avait été transmise au Conseil Constitutionnel et concernait la conformité à la Constitution de l'article IV du Code de la sécurité sociale

-7-  
relatif à l'indemnisation des victimes d'accidents de travail et de maladies professionnelles (arrêté n° 12.005 du 7 mai 2010 et décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010). Le contrôle de constitutionnalité des lois, mais plus encore des jurisprudences - contrôle expressément admis par les décisions n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 et n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 - constitue un mode de régulation nécessaire à la défense des intérêts sociaux, par l'entreprise comme par les salariés ou leurs représentants. Le contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, en mettant les juridictions civiles sous le contrôle du juge constitutionnel, les incite à un meilleur respect des principes constitutionnels. Le sort du Code du travail dépend directement du rôle que les principaux acteurs de la QPC entendront voir jouer à la QPC, et, singulièrement de la volonté de la Cour de Cassation et du Conseil d'État de jouer pleinement, ou non, de leur rôle de filtre. Les conditions posées tant par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 que la loi organique du 10 décembre 2009 constituent autant de freins qui limiteront nécessairement le rôle joué par la QPC en droit du travail (article 23-2 nouveau de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), et, cette nouvelle procédure pourrait bien s'apparenter à une course d'obstacles pour ne pas dire un parcours du combattant pour les justiciables (les demandes doivent également satisfaire aux conditions générales de recevabilité et pourvoir en cassation - n° 09-70.723 du 4 mai 2010). Les contours des mots de "droits" et de "libertés" pourtant familiers, n'apparaissent pas toujours nettement et pourraient être interprétés restrictivement. Le Conseil constitutionnel a admis (décision du 18 juin 2010 n° 2010-5 QPC) que "la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne fait être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Par ailleurs, l'atteinte portée doit elle

être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, singulièrement par le souci d'une bonne administration de la justice (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009). Une incertitude comparable concerne les "simples" objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel (décisions n° 2010-417 QPC du 21 juillet 2010). Il semble exclu de prétendre contester une loi en raison d'un défaut de clarté et d'intelligibilité (décision concernant la loi validant l'ordonnance de recodification du Code du travail - n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008). L'éloignement à des dispositions amovées est exclu de la recevabilité de la QPC. Pour aider les justiciables, le Conseil constitutionnel a publié sur son site internet un tableau recensant de manière exhaustive l'ensemble de dispositions qui entrent dans la liste des lois dont le Conseil a déjà vérifié la constitutionnalité. Pour les dispositions dont le Conseil a déjà eu à connaître, la recevabilité de la QPC est subordonnée à la preuve d'un "changement de circonstances" qui désigne certainement "les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait qui affectent la portée de la disposition législative critiquée" (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009). La dernière condition réside de l'argument soulevé qu'il présente un caractère "nouveau" ou "sérieux" pour être transmis par les juges de Cassation au Conseil constitutionnel. Les premières décisions des 18 et 25 juin 2010 et concernant les dispositions de la loi du 6 août 2008 et la prescription quinquennale des gains et salaires démontrent clairement la volonté de la Cour de cassation de ne transmettre que des questions qui auraient des chances sérieuses d'être abrogées, quitte à se substituer formellement et simplement au Conseil constitutionnel dans la vérification de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.



# L'AVENIR DU BDE DU TRAVAIL ET DU DROIT DU TRAVAIL

Comme cela a été signalé à de nombreuses reprises, certaines lois récentes, pourtant capitales pour le droit du travail, n'ont soit pas été déférées du tout au contrôle initial du Conseil constitutionnel, soit n'ont fait l'objet que d'un examen formel, laissant ouvertes de très nombreuses occasions de QPC (loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 promulguée sans aucun examen de constitutionnalité). Ce faisant, le législateur a incontestablement porté atteinte au principe de liberté contractuelle qui s'applique également au droit à la négociation collective. Le Conseil Constitutionnel a fourni, lors de ses précédentes décisions et singulièrement à l'occasion de l'examen initial de la loi n° 2008-789 du 2 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, de nombreux indices pour déterminer dans quelle mesure le législateur pouvait abroger des conventions collectives valablement conclues sous l'empire de la loi ancienne (décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008). Il serait ainsi intéressant d'avoir la position du Conseil Constitutionnel sur le sujet de l'abrogation du dispositif du contrat "nouvelles embauches" qui ne ferait pas conforme au principe de liberté contractuelle (contrats requalifiés en contrat à durée indéterminée de droit commun dont la période d'essai est fixée par la voie conventionnelle ou, à défaut à l'article L1221-13 du Code de travail). Le droit au repos pose également la question de la compatibilité de cette durée maximum (régime du forfait jours autorisant certains salariés à travailler jusqu'à 281 jours par an) avec le droit au repos et à la santé proclamé par l'alinéa 7 du Préambule de 1946 (décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009). C'est l'application du principe

10.

Constitutionnel d'égalité qui fait florer sur le Code du travail la menace la plus préoccupante (intervention de M. Jean Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'Etat, auditionné par le rapporteur du projet de loi organique devant l'Assemblée nationale du lundi 5 mai 2008). La question du régime réservé aux cadres par le Code du travail pourrait également faire difficulté (avis du 4 novembre 2009 n°09, 816).

### LE DROIT SYNDICAL

Quelques inquiétudes sont exprimées quant aux risques de voir un nouveau juge s'ériger en "censeur" dans le champ des relations sociales. La judiciarisation croissante des relations sociales est d'autant plus inquiétante puisqu'elle fait intervenir un juge qui reste éloigné de l'esprit du dialogue social. Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui la OLC constitue un instrument procédural intéressant pour résister les strates législatives qui se sont empilées durant les cinquante dernières années à la lumière des principes fondamentaux de notre République dite "sociale" (selon le Préambule de 1946). Une réponse partielle a été donnée à la question du privilège de représentation accordé à un syndicat catégoriel (décision en date du 4 octobre 2010 et le Conseil en a déduit que le législateur "pourrait instituer une différence de traitement en l'air direct avec l'objet de la loi". La réponse reste attendue concernant la discrimination des syndicats catégoriels entre eux. De même, la contradiction significative pourrait être également faite en reprenant la décision du Conseil constitutionnel du 12 novembre 2010 sur le droit de la négociation collective depuis la loi du 10 août 2008. Quatre facteurs militent en faveur de la distinction à faire entre réservoir la capacité de conclure l'accord collectif de travail aux seules organisations syndicales représentatives ayant recueillies au moins 10% des suffrages

et le droit de participer à la négociation collective : la démocratie sociale obligerait à laisser s'exprimer tous les faits de vie et à faire valoir des intérêts collectifs diversifiés des salariés ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 96-383 du 6 novembre 1996) ; le risque d'être en infraction avec l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la mise en cohérence avec la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation. Il est probable que dans l'avenir il faudra compter avec un nouvel acteur dans la régulation normative du droit des relations collectives du travail ; le Conseil constitutionnel pourrait alors jouer un rôle de "juge-orchestre" chargé de mettre en harmonie des règles diverses ainsi que leurs interprétations prétorienne.

### Quelques éléments de comparaison avec d'autres pays.

✶ Analyse des systèmes existants dans les pays (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie, Portugal et États-Unis) pour lesquels une étude de législation pour des recours devant le juge constitutionnel a été établie en septembre 2010 fait état qu'il convient de distinguer :

- les matières qui font l'objet d'un contrôle du juge constitutionnel
- les modalités de ce contrôle
- les voies de recours aux particuliers pour saisir le juge constitutionnel
- les effets des décisions juridictionnelles rendues par ce juge

Il a été constaté en outre :

- les types de recours qu'il est possible d'intenter sont substantiellement différents dans chaque pays ;
- si le champ des recours est large, le droit de saisir le juge constitutionnel est strictement limité, notamment par les particuliers
- la faculté de poser une question-préjudicielle au juge est parfois assortie d'un filtre
- seuls deux États ont institué un contrôle "concret" ;
- les effets des décisions peuvent parfois être modulés à l'initiative du juge constitutionnel