



Ministère des solidarités et de la santé  
Ministère du travail  
Ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse  
Ministère des sports

## **CONCOURS EXTERNE ET INTERNE POUR LE RECRUTEMENT DES INSPECTEURS DU TRAVAIL**

**Année 2020**  
**Mercredi 9 septembre 2020**  
**09h00 à 13h00 (horaires de métropole)**  
**DROIT PUBLIC**

### **EPREUVE 3 :**

Au choix du candidat, effectué au moment de son inscription, une composition portant sur un ou plusieurs sujets de droit public. Un dossier comportant 10 pages maximum est mis à disposition des candidats. La composition fait appel à des connaissances personnelles. Elle permet d'évaluer les connaissances, les qualités d'analyse et les qualités rédactionnelles (durée : quatre heures ; coefficient 3).

<b>IMPORTANT : dès la remise du sujet, les candidats sont priés de vérifier la numérotation et le nombre de pages du dossier documentaire. Ce dossier comporte 3 documents et 10 pages.</b>
---

### **Sujet :**

La norme négociée.

Documents joints :

Document n°1 : De l'accord à la norme (colloque du Conseil d'Etat du 13 novembre 2015: « L'accord, mode de régulation du social»), Pascale FOMBEUR, 3 pages.	Pages 1 à 3
Document n°2 : Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective (extrait du dossier publié en annexe de La négociation collective en 2018, édition 2019, bilan et rapports du ministère du travail), Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, 6 pages.	Pages 4 à 9
Document n°3 : Jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (chambre sociale), 1 page.	Page 10

---

**Pascale Fombeur**

*Présidente de la première sous-section du contentieux du Conseil d'État,  
présidente de la table ronde*

J'ai le grand plaisir d'introduire cette troisième table ronde consacrée au passage de l'accord à la norme. En guise d'introduction, si l'on tente de se livrer à une petite typologie en la matière, il me semble que l'on peut distinguer trois niveaux de façon assez schématique.

Le premier niveau est celui de l'accord qui est déjà, en lui-même, une norme. Le deuxième niveau est celui de la nécessaire intervention de l'autorité administrative pour renforcer les effets normatifs de l'accord ou lui conférer de tels effets. Au troisième et dernier niveau, qui se développe de plus en plus, l'intervention du législateur est nécessaire parce que les partenaires sociaux souhaitent pouvoir sortir du cadre existant.

## **1. L'accord en lui-même est déjà une norme**

### **1.1. Le droit commun des conventions collectives**

Analyser le passage de l'accord à la norme amène à penser, en premier lieu, au droit commun des conventions collectives de travail. En effet, depuis la loi du 25 mars 1919, l'accord est, par lui-même, une norme pour les employeurs membres d'une organisation signataire et leurs salariés. La loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail prévoit ainsi que la convention collective lie les employés et les employeurs membres d'un groupement signataire, sauf à en démissionner<sup>161</sup>.

Aujourd'hui, ce type de convention collective classique a une portée normative limitée aux employeurs membres d'une organisation signataires et à tous leurs salariés, mais elle n'en est pas moins une norme pour eux. En principe, s'applique le principe de faveur selon lequel « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* » (art. L. 2251-1 du code du travail).

### **1.2. Les accords d'une nature particulière du fait de la qualité d'un de leurs signataires**

Dans certains domaines, la qualité de l'un des signataires de l'accord, autorité administrative partie à la négociation, fait que cet accord peut être une norme

---

<sup>161</sup> La loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919, introduit dans le livre I<sup>er</sup> du code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « *De la convention collective de travail* », comprenant les articles 31 à 31v et 31x et 32.

par lui-même. C'est, par exemple, le cas dans les relations avec les industriels du secteur de la santé. Le prix des médicaments ou des dispositifs médicaux est fixé par des conventions conclues entre le Comité économique des produits de santé (CEPS) et l'entreprise qui exploite le médicament ou bien le fabricant du dispositif, voire une organisation regroupant les fabricants, et à défaut seulement par acte unilatéral du CEPS. L'accord est alors un acte réglementaire, au même titre que l'acte unilatéral (art. L. 162-16-4 et L. 165-2 du code de la sécurité sociale).

Ainsi a-t-on, au travers de ces deux situations, des cas très variés dans lesquels la convention est par elle-même un acte réglementaire, c'est-à-dire une norme qui s'impose aux tiers (CE, 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*, req. n° 257698).

## 2. L'intervention de l'autorité administrative

Le deuxième niveau correspond à l'hypothèse dans laquelle l'intervention *a posteriori* de l'autorité administrative est nécessaire, soit pour renforcer les effets normatifs de l'accord, soit, plus fondamentalement, pour lui conférer de tels effets, alors que l'accord par lui-même n'a pas d'effet juridique.

C'est la situation la plus classique, avec une palette d'outils juridiques variés selon les domaines.

### 2.1. Les conventions collectives de travail

Dans ce domaine, on pense bien sûr aux conventions collectives de travail et à la possibilité d'extension introduite par la loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre 1<sup>er</sup> du code du travail : « De la convention collective de travail », dans des termes qui n'ont que très peu été modifiés dans le code du travail depuis 1936<sup>162</sup>. La convention collective a son existence propre, mais elle peut être rendue obligatoire pour tous les employeurs et employés compris dans son champ d'application, voire dans un champ plus large, par le biais de l'élargissement.

On notera que, de plus en plus souvent, des conventions collectives sont négociées en subordonnant leur entrée en vigueur à leur extension, dans un souci d'égalisation des conditions de la concurrence.

Dans certaines hypothèses, le code du travail lui-même prévoit que l'entrée en vigueur de la convention collective est subordonnée à l'intervention des ministres compétents, dans un contexte dans lequel la convention collective est conçue pratiquement comme un règlement d'application de la loi. C'est, par exemple, le cas pour le recours au contrat à durée déterminée d'usage (CDD d'usage) qui est un contrat de travail à durée limitée « dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu » (art. L. 1242-7 al. 4 du code du travail).

162 « Les dispositions de la convention collective visée par les articles précédents peuvent, par arrêté du ministre du travail, être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention. Cette extension des effets et des sanctions de la convention collective se fera pour la durée et aux conditions prévues par ladite convention » (art. 31 v<sup>o</sup> de la loi du 24 juin 1936).

## 2.2. La protection sociale complémentaire

Il s'agit là du mécanisme d'extension prévu par l'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale, très proche de celui qui existe dans le code du travail. Dans ce domaine, on est de plus en plus confrontés à des situations dans lesquelles *de facto* l'extension est indispensable, alors même qu'en droit elle ne le serait pas. C'est le cas notamment du secteur des retraites complémentaires, avec par exemple les conventions AGIRC du 14 mars 1947 et ARRCO du 8 mars 1961 pour lesquelles la négociation n'a pas de sens s'il n'y a pas ensuite une extension par l'autorité administrative.

## 2.3. Le cas du chômage

En matière de chômage, l'accord collectif est également conçu comme une forme de règlement d'application de la loi. L'accord est indispensable en vertu du code du travail. L'article L. 5422-20 du code du travail précise, en effet, que « les mesures d'application des dispositions du présent chapitre (...) font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés. / Ces accords sont agréés dans les conditions définies par la présente section. / En l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État ». Il s'agit donc d'un accord de droit privé qui ne peut produire d'effets que sous réserve de son agrément ; le pouvoir réglementaire peut reprendre la main en cas de carence ou d'échec des partenaires sociaux.

## 2.4. Les relations entre l'assurance maladie et les professions de santé

Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé sont régis par des conventions conclues entre l'UNCAM<sup>163</sup> et les organisations syndicales représentatives. Leur application est subordonnée à leur approbation par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale (art. L. 162-15 du code de la sécurité sociale). Ces accords sont des textes de droit public, qualifiés parfois « d'actes réglementaires à élaboration négociée » ; ils n'ont d'effet que sous réserve de leur approbation par les ministres compétents.

Pour clore ce chapitre sur la nécessaire intervention de l'autorité administrative, nous voyons que, dans cette approche, l'accord intervient dans un champ prédéterminé encadré par le législateur ou, le cas échéant, par le pouvoir réglementaire, avec de ce fait une marge de manœuvre des partenaires sociaux relativement limitée au départ par le cadre légal et réglementaire existant, et avec le besoin d'une forme de « validation » par l'autorité administrative. Le Gouvernement et l'administration sont placés dans une logique de tout ou rien, dans la mesure où la faculté d'exclure certaines clauses est très limitée, donnant très peu de possibilités de réajuster ce qui a été négocié.

Le Gouvernement et l'administration sont donc largement tributaires du texte qui a été négocié, ce qui n'empêche pas leur intervention en amont ou pendant la

163 L'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM), créée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, regroupe les trois principaux régimes d'assurance maladie (régime général, régime agricole et régime social des indépendants).

négociation – intervention sur laquelle les intervenants vous donneront de plus amples explications – pour que, précisément, l'accord puisse ensuite être validé et avoir toute sa portée normative.

### 3. L'intervention du législateur

Enfin, il existe un troisième niveau, qui se développe de plus en plus : à ce niveau, l'intervention du législateur est nécessaire parce que les partenaires sociaux souhaitent pouvoir sortir du cadre existant. Ils ont besoin de l'intervention du législateur, soit qu'ils se heurtent à des dispositions existantes, soit qu'ils veulent intervenir dans des domaines qui touchent aux principes fondamentaux du droit du travail ou du droit de la sécurité sociale. Dans ce contexte, le jeu est plus ouvert et plus complexe.

#### 3.1. La mécanique traditionnelle

Il s'agit, pour les acteurs de la négociation, d'un jeu ancien. Dans la mécanique traditionnelle, les partenaires innovent et le législateur valide, ou non, ce qui a été négocié par les partenaires sociaux. Parfois, ce jeu se pratique en quatre temps : les partenaires innovent, le juge censure, le législateur valide et les partenaires reprennent leur accord. C'est un jeu auquel on assiste depuis longtemps, par exemple dans le secteur des conventions entre l'assurance maladie et les professions de santé, avec un certain nombre d'innovations, comme les « *plafonds d'activité* » pour les professionnels libéraux conventionnés tels que les masseurs-kinésithérapeutes, créés par la convention et repris ensuite à son compte par le législateur<sup>164</sup>.

#### 3.2. La volonté de mieux organiser les rapports entre les acteurs de la négociation et le législateur

Mais, plus récemment, s'est exprimée la volonté de mieux organiser ces rapports, avec la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social et l'article L. 1 du code du travail qui impose, sauf urgence, de laisser la place à la négociation avant d'engager une réforme, et qui prévoit que le Gouvernement communique un document d'orientation déterminant un certain nombre de thèmes de négociations<sup>165</sup>. Parfois, le schéma est assez simple. C'est, par exemple, le cas de

164 V. la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes du 3 février 1994. V. aussi la loi du 25 juillet 1994 créant l'article L. 162-12-9 du code de la sécurité sociale qui prévoit que la convention détermine notamment « les mesures que les partenaires conventionnels jugent appropriées pour garantir la qualité des soins de masse-kinésithérapie dispensés aux assurés sociaux ». V. également CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, req. n° 159904 et 160095 : annulation de l'arrêté ministériel du 17 mai 1994 approuvant la convention. V. enfin l'intervention d'un nouvel agrément le 25 mars 1996.

165 « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. / A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. / Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation

la rupture conventionnelle qui figurait dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 concernant la rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail, et qui a débouché sur la loi du 25 juin 2008. C'est également le cas, dans le secteur de l'assurance chômage, avec la création du système des « *droits rechargeables* » envisagé par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi<sup>166</sup> et repris à son compte par le législateur dans la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, dont l'article 10 pose le principe de prise en compte des droits à l'allocation d'assurance non épuisés, issus de périodes antérieures d'indemnisation. Le principe a ensuite été mis en œuvre par la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, agréée par arrêté du 25 juin 2014 (avec un mécanisme passant par l'épuisement chronologique des droits acquis, comportant des effets pervers corrigés ensuite). L'agrément de cette convention a été annulé par une décision du Conseil d'État du 5 octobre 2015, mais pour un motif différent et avec un effet différé au 1<sup>er</sup> mars 2016, donnant le temps d'une nouvelle négociation entre partenaires sociaux.

Parfois, la volonté de mieux organiser les rapports entre les acteurs de la négociation débouche sur des mécaniques un peu plus compliquées. C'est, par exemple, le cas du portage salarial<sup>167</sup> envisagé par l'accord national interprofessionnel du 24 janvier 2008, repris à son compte par loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, dont l'article 8 visait à donner une base légale à cette nouvelle modalité de relations de travail. *In extremis*, l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial a été conclu, puis étendu par arrêté du 24 mai 2013. Mais cet arrêté a ensuite donné lieu à un contentieux, au cours duquel a été soulevée une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), et le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur n'en avait pas dit assez<sup>168</sup>. D'où la nécessité pour ce dernier de reprendre les choses. Finalement, une ordonnance relative au portage salarial est intervenue le 2 avril 2015.

En conclusion, il existe un jeu assez compliqué entre l'accord et la norme et, au-delà des aspects juridiques, il s'agit également d'un mécanisme complexe entre les différents acteurs qui négocient, et l'État qui intervient à la fois avant, pendant et après la négociation.

166 « Les parties signataires conviennent de la mise en place d'un dispositif de droits rechargeables dans le cadre du régime d'assurance chômage » (ANI du 11 janvier 2003, art. 3).

167 Le portage salarial est une relation contractuelle tripartite dans laquelle un salarié porté, ayant un contrat de travail avec une entreprise de portage salarial, effectue une prestation pour le compte d'entreprises clientes.

168 CC n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 censurant les dispositions législatives au motif de

Dossier 4

# Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective

Le Préambule de 1946 est à la démocratie sociale ce que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est à la démocratie politique.

Il a fait l'objet, comme elle, d'une gestation longue et difficile, notamment dans le cadre de la première assemblée constituante.

Il définit un véritable «*statut du travailleur*»<sup>(1)</sup>.

S'il n'est pas écrit dans le style lumineux des juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle, il puise son inspiration dans le programme du Conseil national de la résistance et ne manque pas de souffle.

Deux dispositions de ce Préambule ont joué un rôle essentiel dans l'évolution de nos relations sociales :

- aux termes du 5<sup>e</sup> alinéa, «*Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent*» : en l'absence de cadre législatif, c'est cette disposition qui constitue le fondement de toute la réglementation du droit de grève en France ;
- aux termes du 8<sup>e</sup> alinéa, «*Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*».

D'une façon au fond assez surprenante, jamais explicitée, le Conseil constitutionnel a très tôt utilisé toutes les virtualités de ce 8<sup>e</sup> alinéa pour favoriser le développement de la négociation collective avec les organisations syndicales.

Plus récemment, il a encouragé le développement de la négociation collective dans les entreprises, et notamment les petites entreprises, dépourvues de délégués syndicaux.

Cet encouragement de la négociation collective a eu une influence positive sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, même si, en la matière, rien n'est jamais acquis.

# I. L'ENCOURAGEMENT DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE AVEC LES ORGANISATIONS SYNDICALES

## I.1. HISTORIQUE

Trois décisions de principe jalonnent la reconnaissance du rôle de la négociation collective dans la détermination des relations du travail.

Dès 1977, c'est-à-dire cinq ans avant les lois Auroux, le Conseil constitutionnel juge « que, si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre, ce qu'il a fait dans le cas de l'espèce » (décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977). En combinant ainsi, ce qui n'avait rien d'évident, les dispositions du 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule et de l'article 34 de la Constitution, le Conseil jette les bases d'une véritable délégation d'un pouvoir normatif aux partenaires sociaux.

La théorie complète des rapports entre la loi et la négociation collective a été faite dans la décision du 29 avril 2004 statuant sur la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, qui transpose dans le code du travail la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001. Après avoir rappelé la combinaison du 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 et de l'article 34 de la Constitution, le Conseil poursuit : « Sur le fondement de ces dispositions il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ; (...) que, toutefois, lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation. » (décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004) Dans cette décision, le Conseil a ainsi défini :

- le régime des accords de droit commun,
- le régime des accords dérogatoires qui, dans la mesure où ils dérogent à des règles d'ordre public – c'est-à-dire des règles auxquelles le législateur a entendu conférer un caractère d'ordre public – doivent faire l'objet d'un encadrement plus poussé par le législateur, qui doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation.

Enfin, dans la décision rendue sur la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, le Conseil a jugé « qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève », mettant ainsi exactement sur le même plan le recours au décret et le recours à la négociation collective (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007).

Cette possibilité de renvoi à la négociation collective ne présente cependant aucun caractère obligatoire : le Conseil a jugé que le 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que, dans tous les cas, cette détermination des modalités d'application des normes législatives soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs (décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997).

## 1.2. LE CHAMP DE LA DÉLÉGATION LÉGISLATIVE

Comme l'a rappelé à de nombreuses reprises le Conseil constitutionnel, il résulte de l'article 34 de la Constitution et du 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946, que, s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution.

Le Conseil est très vigilant sur ce point et vérifie dans chaque cas que le législateur n'a pas méconnu sa compétence.

Ainsi, dans deux cas, il a annulé une délégation jugée inconstitutionnelle :

- dans une première affaire, une disposition du code du travail prévoyait qu'une convention ou un accord collectif d'entreprise ou de branche fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel, ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel. Le Conseil a estimé « que les dispositions contestées prévoient une contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, mais suppriment tout encadrement de sa durée minimale ou des conditions dans lesquelles elle doit être prise, alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi ; que, dès lors, (...) le législateur n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution » (décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008). Cette censure tient largement au fait qu'il s'agissait de dispositions relatives aux temps de repos liés aux heures supplémentaires, c'est-à-dire d'un domaine qui touche à la santé des salariés ;
- dans une deuxième affaire, il s'agissait de l'introduction par l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 d'un nouvel article L. 1251-64 du code du travail qui dispose : « le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle. » Le Conseil a estimé « qu'en prévoyant qu'un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche professionnelle la mission "d'organiser" cet ensemble de relations contractuelles, les dispositions contestées confient à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; que, par suite, en les adoptant, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence » (décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014). Cette décision est fondée sur le fait que le Conseil a estimé qu'on n'était pas sur le terrain des principes fondamentaux du droit du travail, mais sur celui des obligations civiles et commerciales, où cette jurisprudence n'est pas applicable.

Dans trois autres cas, en revanche, il a considéré que le législateur n'avait pas méconnu sa compétence :

- dans une décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, il a admis que le premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale renvoie aux accords professionnels et interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 du même code le soin, dans des conditions prévues par décret, de « prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif; (...) que le législateur a pu, sans méconnaître sa compétence, renvoyer au décret et à la négociation collective le soin de préciser les modalités d'application des règles ainsi fixées qui ne sont entachées d'aucune inintelligibilité ». Cette décision est intéressante car elle montre que cette jurisprudence joue en matière de protection sociale complémentaire;
- l'article 7 de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites relatif à la « fiche de prévention des expositions » prévoyait qu'un décret devait définir des facteurs de risques professionnels ainsi que des seuils d'exposition aux risques professionnels. Les dispositions de l'article 7 prévoyaient également qu'un accord collectif étendu peut caractériser l'exposition à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels au-delà des seuils mentionnés à l'article L. 4161-1. Le Conseil a estimé que le législateur, en adoptant ces dispositions qui ne sont ni imprécises ni inintelligibles, n'a pas méconnu sa compétence; que ne sont pas davantage imprécises ou inintelligibles les dispositions de l'article 10 relatif au « compte personnel de prévention de la pénibilité », qui renvoient à la fiche mentionnée ci-dessus. Cette décision admet ainsi un renvoi à la négociation collective en matière de prévention des risques professionnels;
- s'agissant du travail de nuit, le Conseil a relevé, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), « que, par les dispositions contestées, le législateur a consacré le caractère exceptionnel du recours au travail de nuit; qu'il a précisé que ce recours doit prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs; qu'il a défini les critères en fonction desquels le recours au travail de nuit peut être justifié; qu'en particulier, s'il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle de la juridiction compétente, d'apprécier les situations de fait répondant aux critères de "continuité de l'activité économique" ou de "service d'utilité sociale", ces critères ne revêtent pas un caractère équivoque; qu'en subordonnant la mise en place du travail de nuit dans une entreprise ou un établissement à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement et, à défaut, à une autorisation de l'inspecteur du travail, le législateur a confié, d'une part, à la négociation collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail et, d'autre part, à l'autorité administrative, le pouvoir d'accorder certaines dérogations dans des conditions fixées par la loi; que, par suite, le grief tiré de l'incompétence négative du législateur doit être écarté » (décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014).

C'est probablement la décision où le Conseil a été, à ce jour, le plus loin, car les concepts retenus par la loi étaient relativement flous et imprécis.

La Cour de cassation exerce, à son niveau, un contrôle du même type pour vérifier que les accords collectifs, en l'absence d'habilitation législative précise, ne dérogent pas aux règles d'ordre public du code du travail.



L'arrêt le plus emblématique de ce point de vue est celui par lequel elle a censuré un accord de branche portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires et prévoyant la possibilité pour les entreprises de travail temporaire de conclure avec leurs salariés intérimaires un contrat de travail à durée indéterminée intérimaire couvrant l'exécution de l'ensemble des missions qui leur sont confiées ainsi que les périodes d'intermission : elle a estimé que cet accord, qui crée une nouvelle catégorie de contrat de travail, dérogeait aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée déterminée, d'autre part, le contrat de mission (Cass., soc., 12 juillet 2018, n° 16-26 844).

### 1.3. PORTÉE DES DÉLÉGATIONS CONSENTIES AUX ACCORDS COLLECTIFS

#### 1.3.1. Accord collectif et contrat de travail

Le Conseil a été amené à juger, à propos de l'article 45 de la loi Warsmann du 22 mars 2014, que l'accord collectif l'emporte sur le contrat de travail. La disposition en cause avait pour objet d'admettre qu'un accord d'annualisation du temps de travail s'appliquait à tous les salariés, quelle que soit la date de leur contrat de travail, contrairement à ce qu'avait jugé la chambre sociale de la Cour de cassation. Pour admettre la conformité à la Constitution de ces dispositions, le Conseil a relevé *« qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi déferée qu'en permettant que la répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail exigeant un accord préalable de chaque salarié, le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise; que cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation; que les salariés à temps incomplet sont expressément exclus de ce dispositif; qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution »* (décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012).

Comme l'a noté très justement le professeur Akandji Kombé<sup>131</sup> : *« Pour la première fois était posée au juge constitutionnel la question du rapport entre les deux faces de la liberté contractuelle. Et pour la première fois se trouve affirmée, dans les rapports de travail, la supériorité de sa face collective sur sa dimension individuelle. Cette supériorité procède de ce qu'au nom de la première (liberté contractuelle des partenaires sociaux), dont l'autonomie s'affirme dans la décision comme renforcée, la seconde peut être restreinte, voire au-delà. Le rapport ainsi établi est d'ordre hiérarchique. Il conduit à ce que, si telle est la volonté du législateur, le contrat de travail doive s'effacer devant l'accord collectif. »*

### I.3.2. Sanctions pénales

Le Conseil a admis la conformité à la Constitution de l'article 10 de la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective aux termes duquel : *«Lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause»* (décision n° 82-145 DC du 10 novembre 1982, recueil p. 64).

Il en résulte que *«la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut faire l'objet d'une répression pénale»*, ce qui va très loin.

### I.4. PROTECTION DES ACCORDS COLLECTIFS

Il résulte d'une jurisprudence constante que *«le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946»*. Une loi ne saurait donc ni porter une atteinte excessive à des accords collectifs antérieurs légalement conclus (décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008), ni conférer à ces accords d'autres effets que ceux que leurs signataires avaient entendu leur attacher, sauf motif d'intérêt général suffisant, résultant par exemple du droit au repos des salariés reconnu par le 11<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 (décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, recueil p. 43).

CE, 23 mai 2012 *fédération SUD Santé Sociaux* n° 331805, A

(...) Considérant que, lorsque, à l'occasion d'un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative, une contestation sérieuse s'éleve sur la validité d'un arrêté prononçant l'extension ou l'agrément d'une convention ou d'un accord collectif de travail, il appartient au juge saisi de ce litige de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle que présente à juger cette contestation ; (...)

Considérant, par ailleurs, que dans l'hypothèse où le législateur a prévu que les mesures prises pour l'application de la loi seront définies par un accord collectif conclu entre les partenaires sociaux, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêté ministériel d'extension ou d'agrément, il appartient au juge administratif, compétemment saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre cet arrêté, de se prononcer lui-même, compte tenu de la nature particulière d'un tel accord, sur les moyens mettant en cause la légalité de ce dernier ;

Jurisprudence de la Cour de cassation

Soc. 3 avril 2019 n° 17-11970 publié au Bulletin

(...) 10. La première branche du moyen est fondée sur l'existence d'une présomption de justification des différences de traitement opérées par voie d'accord collectif que la Cour est invitée à reconnaître de manière générale, quelles que soient les différences de traitement considérées.

11. À cet égard, il résulte d'une jurisprudence établie que les accords collectifs sont soumis au principe d'égalité de traitement en sorte que la Cour a jugé que les différences de traitement que ceux-ci instaurent entre les salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré doivent reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence (Soc., 1 juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168).

12. Cependant, dans la mesure où elles sont opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, la Cour a été conduite à reconnaître que les différences de traitement entre catégories professionnelles sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Soc., 27 janvier 2015, pourvois n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8, Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 et Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10).

13. En vertu de la même considération, la Cour a établi des présomptions identiques de justification des différences de traitement entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, Bull. 2016, V, n° 130), entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'entreprise (Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, Bull. 2017, V, n° 170), ainsi que, de manière spécifique, entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou établissements distincts, opérées par voie d'accord collectif (Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925, en cours de publication).

14. La Cour a jugé également que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206). (...)

16. Par ailleurs, le principe d'égalité de traitement constitue également un principe général du droit de l'Union, désormais consacré aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la réglementation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné (CJUE, arrêt du 9 mars 2017, Milkova, C-406/15, point 55).(...)

22. (...) d'une part, la reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celles-ci sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, serait, dans les domaines où est mis en oeuvre le droit de l'Union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement. D'autre part, dans ces domaines, une telle présomption se trouverait privée d'effet dans la mesure où les règles de preuve propres au droit de l'Union viendraient à s'appliquer. Partant, la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée.