

**LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA CREATION
DU DROIT SOCIAL: L'EXEMPLE DE LA FRANCE**

Olivier Dutheillet de Lamothe,
Président de section honoraire au Conseil d'Etat.
Membre honoraire du Conseil constitutionnel

C'est pour moi un plaisir et un honneur de participer à ce colloque international, organisé par le Laboratoire de droit social de l'Université d'Oran II, sur l'évolution et les tendances de la jurisprudence en droit social.

Les liens entre la communauté juridique Française et Algérienne sont anciens et profonds : lorsque j'étais Membre du Conseil Constitutionnel, j'ai eu l'honneur de rencontrer Monsieur Mohammed Bedjaoui, alors Président du Conseil Constitutionnel Algérien, grand juriste formé en France, Conseiller juridique du FLN, puis Membre et Président de la Cour Internationale de justice, avant de présider le Conseil Constitutionnel.

Je traiterai du rôle de la jurisprudence dans la création du droit social.

Je le ferai à partir de l'exemple de la France, c'est-à-dire d'un pays de droit civil, de droit écrit, de tradition romano-germanique.

Je le ferai à partir de ma double expérience de juge, comme Conseiller d'Etat, fonction que j'ai exercée 1975 à 2015, et

comme Membre du Conseil Constitutionnel, fonction que j'ai exercée de 2001 à 2010.

Je tenterai de développer trois points :

- le rôle de la jurisprudence dans un système de droit civil (1) ;
- le rôle particulier de la jurisprudence en droit social (2) ;
- l'importance du rôle de la jurisprudence en droit social peut conduire le législateur à la corriger(3).

1. Le rôle de la jurisprudence dans un système de droit civil

Bien que la France soit un pays de droit civil, de tradition romano-germanique, la jurisprudence y tient une place essentielle comme source du droit. Contrairement à une idée répandue et tenace, il n'y a pas de vraie différence, de ce point de vue, entre les pays de Common Law et les pays de droit civil pour deux raisons :

- d'une part, dans les pays de Common Law, la loi tient une place importante comme source du droit : cela toujours été le cas aux États-Unis ; c'est de plus en plus le cas au Royaume-Uni, notamment du fait du développement du droit communautaire ;
- d'autre part, la jurisprudence joue un rôle essentiel dans les pays de droit civil : les juridictions françaises appliquent la règle du précédent, même si elles n'appliquent pas le principe du *stare decisis* ; tout le droit public s'est créé, au XIXème siècle, de façon jurisprudentielle : la théorie du recours pour

excès de pouvoir, par exemple, est une théorie purement jurisprudentielle.

Il n'ya, en réalité, que deux différences par rapport aux pays en Common Law :

- d'une part, il n'ya pas de référence expresse, dans la décision, au précédent dont on fait application : on se contente de recopier le considérant de principe de cette décision sans la citer ;
- d'autre part, le juge français n'a pas à justifier du caractère distinctif ou non du précédent dont il fait application : tout l'art du juriste de Common Law, au contraire, consiste à savoir déterminer et expliquer quand deux cas sont identiques ou quand ils sont différents.

Ce rôle essentiel de la jurisprudence découle d'un principe fondamental du droit civil, qui s'impose à tout juge et qui est inscrit depuis 1803, dans les mêmes termes, à l'article 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

En d'autres termes, le silence ou l'obscurité de la loi ne dispense jamais le juge de l'obligation de juger.

Si la fonction du juge est d'appliquer les normes de droit, - loi ou décret le plus souvent - aux cas d'espèce, c'est une fonction beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît.

Selon certains théoriciens du droit, c'est l'interprétation et l'application de la norme à un cas d'espèce qui créerait la norme elle-même : c'est ce qu'on appelle la théorie réaliste de

l'interprétation, qu'à brillamment développée en France le professeur Michel Troper.

Sans aller jusque-là, il est certain que la fonction d'application de la loi à un cas d'espèce laisse une très grande liberté au juge: c'est ce qui explique l'importance de la jurisprudence.

Le Conseil constitutionnel Français a reconnu explicitement le rôle de la jurisprudence comme source du droit.

Après avoir rappelé, conformément à une jurisprudence constante *« qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la constitution ; à cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit, en effet, prévenir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confié par la Constitution qu'à la loi »*, le Conseil constitutionnel ajoute *« que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières »* (Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005).

Le rôle de la jurisprudence dans notre droit a été défini, dès 1801, par Portalis dans le Discours préliminaire au premier projet de code civil dans des termes dont la modernité n'a d'égale que l'élégance : *«Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?*

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au

contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation ».

2. Le rôle particulier de la jurisprudence en droit social

Ce rôle de la jurisprudence est d'autant plus important en droit social qu'il existe, dans ce domaine, une distinction équivalente à celle qui existe, en économie, entre la micro-économie et la macro-économie.

Toute la théorie économique est fondée sur la distinction entre la MICRO Économie - c'est-à-dire les règles économiques applicables au niveau de l'entreprise- et la MACRO Économie, c'est-à-dire les règles applicables au niveau de l'économie nationale.

Il existe, à mes yeux, une opposition du même type entre :

- la loi qui correspond à un niveau MACRO SOCIAL et qui ne peut appréhender les situations individuelles dans l'entreprise ;
- la jurisprudence qui correspond à un niveau MICRO SOCIAL et qui peut seule appréhender les situations individuelles de l'entreprise ;

On peut légiférer sur la maladie, l'inaptitude, le licenciement économique. Mais in fine - « *at the end of the day* » comme disent les anglo-saxons - c'est bien la jurisprudence qui définira quand on peut licencier un salarié absent pour maladie, quelles sont les obligations de l'employeur à l'égard d'un salarié inapte et quelles sont ses obligations en matière de reclassement.

Ceci explique le rôle particulièrement important que joue la jurisprudence en droit social et notamment en droit du travail. Je me souviens que, lorsque j'étais conseiller social à l'Élysée, Jean-Louis Beffa, alors Président Directeur Général de Saint Gobain, arrivait, chaque fois que je le voyais, avec dix pages de notes sur les dernières jurisprudences de la chambre sociale de la Cour de cassation et me disait : « *Ce n'est même pas la peine que vous me parliez des projets législatifs du Gouvernement. La seule chose qui m'intéresse, c'est la jurisprudence de la*

chambre sociale de la Cour de cassation ». C'est ce qui explique que, dans ce domaine plus que dans d'autres, le législateur soit fréquemment amené à intervenir pour corriger la jurisprudence.

3. L'importance du rôle de la jurisprudence en droit social peut conduire le législateur à la corriger

3.1. L'importance du rôle de la jurisprudence

J'en prendrai deux exemples:

Le premier est celui du licenciement collectif pour motif économique. A la suite de l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 et du vote de la loi du 30 décembre 1986 sur les procédures de licenciement économique, la Chambre Sociale de la Cour de cassation a été conduite à construire une jurisprudence entièrement nouvelle sur la base de dispositions législatives peu nombreuses et souvent floues, qu'il s'agisse de la définition du licenciement économique ou de l'obligation d'un plan social. Elle a construit une jurisprudence très protectrice des droits des salariés, qui frappe par sa grande rigueur et cohérence sur le plan juridique.

Quelles que soient la valeur et la cohérence sur le plan juridique de cette jurisprudence, elle repose néanmoins pour les entreprises qui appartiennent à un groupe, c'est-à-dire pour les 40 700 groupes qui, au 1^{er} janvier 2008, employaient environ 8 Millions et demi de personnes soit, 58% des salariés de l'ensemble des sociétés, sur deux postulats très contestables sur le plan économique :

- Le premier est l'appréciation du motif économique au niveau du secteur d'activité du groupe concerné : pourquoi exiger, pour fermer une usine sidérurgique qui n'est plus rentable dans un pays, du fait de sa vétusté et de l'effondrement de la demande, que l'ensemble du secteur d'activité sidérurgique du groupe soit menacé sur le plan mondial ? N'est-ce pas contraire au concept de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise reconnu par ailleurs par la Chambre Sociale ?
- Le second est l'obligation de reclassement, d'origine jurisprudentielle, au niveau du groupe et à l'échelle internationale : quand on connaît la faible mobilité des salariés français, quel sens peut avoir l'obligation pour une entreprise appartenant à un groupe qui ferme un établissement à Pau, de proposer aux salariés licenciés un poste à Hong Kong ou à Tokyo, si d'autres entreprises du groupe y possèdent des établissements ? Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour encadrer et limiter cette obligation.

Le second exemple est celui de la jurisprudence relative à la faute inexcusable de l'employeur en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, les salariés ont droit à une réparation automatique forfaitaire. Cette réparation est toutefois majorée en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Pendant longtemps, la Chambre Sociale a donné de la faute inexcusable une définition conforme à la fois à la lettre du texte et à la volonté du législateur : « *la faute inexcusable doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaires, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative* »⁽¹⁾.

En 2002, la Chambre Sociale a jugé qu' « *en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L452-1 du code de la sécurité sociale, lorsqu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* »⁽²⁾.

Cette jurisprudence audacieuse a eu le double mérite de permettre une indemnisation intégrale des victimes de l'amiante tout en évitant les poursuites pénales systématiques contre tous les employeurs ayant utilisé de l'amiante.

Interpréter la notion de faute inexcusable comme impliquant une obligation de sécurité de résultat témoigne néanmoins d'une audace jurisprudentielle

⁽¹⁾Cass. Chambres Réunies, 15 juillet 1941, D 1941, jurisprudence page 117, note Rouaste

⁽²⁾Cass. Soc, 28 février 2002, n° 00-10051 ; 11 avril 2002, n° 00-16535

inouïe, même si cette obligation ne joue que si les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- L'employeur avait ou aurait du avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié (1) ;
- L'employeur n'a pas pris les mesures de protection nécessaire pour l'en préserver (2).

Cette jurisprudence, si elle a eu des effets positifs en matière de prévention des risques professionnels, n'en a pas moins ébranlé profondément le régime de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, qui a du faire l'objet d'une réforme législative, et n'est pas aujourd'hui entièrement stabilisé.

Ces audaces de la jurisprudence expliquent que le législateur soit parfois amené à intervenir pour corriger ses excès.

3.2. Le législateur peut intervenir à tout moment pour corriger la jurisprudence.

Ici encore, la théorie a été faite dès 1801 par Portalis dans le Discours préliminaire au premier projet de code civil : «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une.»

En ouvrant les Rencontre de la chambre sociale et de l'université le 5 avril 2013, le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation ne disait pas autre chose lorsqu'il déclarait : « *Le législateur conserve cependant*

(¹) Cass. Civ, 2^{ème}, 6 avril 2004, n° 02- 30688

(²) Cour d'Appel de Toulouse 18 novembre 2012, n° 11 – 00959

toujours le pouvoir de contredire la jurisprudence et d'adopter les dispositions qu'il estime indispensables à la réalisation des objectifs qu'il poursuit ».

La doctrine critique parfois ce type d'intervention du législateur : c'est oublier que le juge, quel qu'il soit, n'a aucune légitimité démocratique pour se substituer au Parlement, élu par le peuple, dans l'élaboration de la loi. S'il n'y a pas de Gouvernement des juges en France, c'est bien parce qu'à tout moment, le législateur peut intervenir pour infléchir, corriger ou contredire une jurisprudence, s'il l'estime nécessaire.

J'en donnerai deux exemples récents:

- **Le premier est celui de la définition du corps électoral dans les entreprises pour les élections professionnelles.** Comme l'a écrit le Président Sargos, ancien président de la chambre sociale dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004: *« Le contentieux de la représentation sociale [...] dans l'entreprise, qu'il s'agisse de la représentation directe du personnel par l'élection ou de sa représentation indirecte par la désignation syndicale, est sans doute l'un des plus emblématiques du droit du travail car il met en jeu l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise (al. 8 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946). Ce contentieux, qui révèle souvent d'intenses conflits de pouvoir et de savoir dans l'entreprise, met en particulier en lumière la notion*

cardinale de communauté de travail qui doit s'exprimer à travers sa représentation sociale. Il importe donc que cette communauté de travail corresponde à une réalité allant au-delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles. »

Bien des décisions de la Cour s'expliquent ainsi «*par l'idée que la communauté de travail doit pouvoir fonctionner et s'exprimer efficacement, simplement et de façon transparente, et qu'en particulier des obstacles injustifiés à son regroupement effectif et à ceux qui sont ses porte-parole auprès de l'employeur doivent être éradiqués* ».

La Cour de cassation a donc imposé la prise en compte:

- des démonstrateurs de produits d'une société dans un grand magasin, qui, «*étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés et dans l'entité du grand magasin y sont électeurs et éligibles et en cette qualité peuvent être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise* » (Cass. soc. 30 avril 2003, *Bull.* n° 153) ;
- des salariés mis à disposition de l'entreprise par des sociétés extérieures prestataires de services, pour les élections de délégués du personnel et membres du comité d'établissement.

Cette dernière solution résulte de deux arrêts du 26 mai 2004 (*Bull.* n° 140, p. 127 et n° 141, p. 129) qui ont décidé que «*les salariés mis à disposition pris en compte au prorata de leur temps de présence pour le calcul de l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles,*

sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice », le premier arrêt ajoutant que « cette participation n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci ».

Pour limiter les effets de cette jurisprudence jugée trop complexe par les entreprises, notamment le concept « *d'activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise* », l'article 54 de la loi pour le développement de l'actionnariat salarié et de la participation et portant diverses dispositions d'ordre économique et social avait exclu du calcul des effectifs d'une entreprise les salariés qui y travaillent en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service, sauf pour le calcul du seuil qui détermine la constitution d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et limité aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail le corps électoral appelé à désigner les délégués du personnel ainsi que les représentants des salariés à son comité d'entreprise.

Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition. Il a estimé que « *s'il était loisible au législateur, notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps*

électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail ; » (Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Ct 30).

A la suite de cette décision, le législateur est à nouveau intervenu en retenant un critère lié à la durée de présence dans l'entreprise qui a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil.

- **Le deuxième exemple est tiré de la loi dite Warsmann du 22 mars 2012** qui est venue contrer une jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle l'instauration d'une modulation du temps de travail dans une entreprise constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié (Cass, soc, 28 sept 2010, n° 08-43.161, Bull. civ. V n° 197).

L'article 45 de la loi Warsmann insère un article L. 3122-6 dans le code du travail ainsi rédigé : « *La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.*

« *Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel* ».

Cet article 45 figurait dans le texte initial de la proposition de loi (sous la forme d'un article 40). L'exposé des motifs indiquait : « *L'article 40 permet quant à lui d'augmenter le nombre d'heures de travail sur une courte*

période sans que cette augmentation constitue une modification de contrat de travail ».

Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis sur la proposition de loi Warsmann dans le cadre de la nouvelle procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 39 de la constitution, avait donné un avis favorable à cette disposition : *« Le II de l'article 40 a pour objet de dispenser les employeurs de devoir modifier les contrats de travail dans l'entreprise ou l'établissement, au-delà de la semaine et au plus sur l'année. Les termes "mise en place d'une répartition des horaires" renvoient implicitement mais nécessairement à la décision fondant cette organisation, laquelle intervient après la conclusion d'un accord collectif, notamment de branche. Dès lors, la réforme proposée devrait avoir pour effet, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, de dispenser de la conclusion d'avenants aux contrats de travail, les décisions de mettre en œuvre effectivement cette organisation de la répartition des horaires de travail au-delà de la semaine et au plus sur l'année qui seront prises après la publication de la loi relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches, quelle que soit la date de conclusion d'un accord d'aménagement du temps de travail».*

En conclusion, je crois ce serait une erreur d'opposer jurisprudence et législation comme sources du droit.

Le juge est et demeure sinon « la bouche de la loi », pour reprendre la formule de Montesquieu qui correspond à une vue de l'esprit, du moins le serviteur de la loi.

Le rôle de la jurisprudence qui est essentiel, surtout en droit social, est inhérent au devoir du juge de trancher les litiges qui lui sont soumis, même dans le silence ou l'obscurité de la loi.

Le législateur peut toujours intervenir pour corriger une jurisprudence s'il l'estime nécessaire. Il arrive d'ailleurs souvent que le juge lui-même l'y incite, soit par des arrêts, qui constituent un appel à l'intervention du législateur, soit par des documents spécifiques comme le rapport annuel de la Cour de cassation qui propose, chaque année, des adaptations de la législation sur les problèmes rencontrés.

Ce à quoi on assiste en fait, ce qui doit absolument se développer pour permettre ce que j'appellerai **une respiration démocratique de la norme**, c'est à un dialogue entre le juge et le législateur, dans le respect des compétences de chacun, telles que les avait, là aussi, définies, dans des termes inoubliables, Portalis : *«Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude.*

**LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA CREATION DU DROIT
SOCIAL**
