

Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale

Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE - Membre honoraire du Conseil constitutionnel et Président de la section sociale du Conseil d'État

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 45 (LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT SOCIAL) - OCTOBRE 2014

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale s'est développée à partir du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, très beau texte qui est l'équivalent, pour les droits économiques et sociaux du travailleur et de la personne humaine, de la déclaration du 26 août 1789 pour les droits et les libertés fondamentales de l'homme et du citoyen.

Les deux textes sont, en effet, proches par leurs conditions d'élaboration, leur souffle et leur contenu.

Les deux textes ont été, l'un et l'autre, élaborés par des assemblées constituantes où ils ont fait l'objet de longs compromis. On sait que la déclaration de 1789 a fait l'objet de nombreux projets soumis au comité de la Constitution.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est, quant à lui, un texte d'équilibre et de compromis. Les controverses parfois âpres qui ont marqué la discussion de la Déclaration d'avril, la bataille du référendum de mai où la Déclaration tint une place considérable, la remise en chantier d'un second texte constitutionnel conçu sous le signe d'une difficile conciliation, tout cela explique non seulement les formules du Préambule, mais son esprit, sa structure et son existence même.

Les deux textes présentent un souffle certain, que reflètent leur introduction. Ainsi les auteurs de la déclaration de 1789, inspirés par la philosophie des Lumières, déclarent-ils : « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ».

Les auteurs du Préambule de 1946, inspirés par le programme du Conseil National de la Résistance, ne font pas preuve de moins d'ambition quand ils déclarent : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après* ».

Enfin, sur le plan du contenu, les deux déclarations contiennent un catalogue de droits et libertés à la fois très complet et bien écrit, qui a résisté, comme le Bill of Rights de la Constitution américaine, à l'épreuve du temps.

Sur cette base, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence relativement abondante et plus consistante qu'une doctrine, volontiers critique, ne pourrait le laisser penser.

Cette jurisprudence est dominée par trois grands principes :

- le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, donné, en droit du travail, une portée considérable au principe de participation (1) ;
- il n'exerce, en second lieu, qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits créances du Préambule de 1946 (2) ;
- enfin, le Conseil est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 avec les libertés

1 – Le Conseil constitutionnel a donné, en droit du travail, une portée considérable au principe de participation

On sait qu'aux termes du huitième alinéa du Préambule de 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Ce principe de participation recouvre en réalité deux droits distincts : le droit à la négociation collective et le droit de participer à la gestion des entreprises.

S'agissant de la négociation collective, dès 1977, 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, recueil page 35), formule constamment reprise depuis.

Dès l'origine le Conseil constitutionnel a ainsi fait prévaloir l'article 34 sur le huitième alinéa du Préambule en estimant que c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes énoncés au huitième alinéa, « *les conditions et garanties de sa mise en œuvre* » (décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, recueil page 547 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997, recueil page 31 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, recueil page 33).

Cette prévalence de l'article 34 de la Constitution préserve la liberté d'intervention du législateur. Certes, 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, après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte (décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, recueil page 59 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 précitée). Mais le 8^e 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 précitée ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997 précitée).

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 : « *Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 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 ; ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ;*

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 le législateur peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises ; » (décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, recueil page 91).

Le Conseil constitutionnel a fait une application récente de ces principes à l'occasion de la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. Il a précisé à cette occasion « *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. Cette décision consacre ainsi l'accord collectif comme une source constitutionnelle du droit du travail.

Cette jurisprudence n'est toutefois valable que dans le domaine du droit du travail. Dans le domaine des obligations civiles et commerciales, le Conseil a jugé qu'en prévoyant qu'un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » le portage salarial, le législateur avait confié à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi et méconnu l'étendue de sa compétence (décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014).

Compte tenu de la place ainsi reconnue par le Conseil constitutionnel à la négociation collective, « *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^e alinéa du Préambule de 1946 (décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, recueil page 43).

2 – Le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits créances du Préambule de 1946

Laurence Gay a bien montré dans sa thèse [\(1\)](#), que la notion de droits créances, conçus comme des droits non directement applicables, n'était pas une catégorie homogène. Le critère d'*interpositio legislatoris* recouvre, en réalité, des obligations de nature très différentes en fonction de la nature exacte de l'obligation qui pèse sur le législateur et de la possibilité pour l'individu de se prévaloir ou non d'un droit une fois le principe mis en œuvre. L'auteur distingue ainsi très clairement deux catégories de principes.

Une première catégorie consacre le droit de la personne à obtenir une prestation matérielle. L'obligation positive du législateur consiste en l'octroi d'une prestation matérielle, qui constitue le véritable objet du droit, et non en l'édiction d'une réglementation, qui n'est qu'un moyen de le mettre en œuvre. De tels principes découlent des alinéas 11, 12 et 13 du Préambule de 1946. Ceux-ci ont pour objet de garantir le droit à des prestations sociales, le droit à indemnisation en cas de calamité nationale et le droit à l'instruction.

Pour une seconde catégorie de principes, en revanche, l'obligation positive réside dans le fait même que le législateur doit intervenir pour mettre en œuvre la norme constitutionnelle. Ce dernier doit ainsi définir une politique de l'emploi qui concrétisera l'alinéa 5 du Préambule sur le droit d'obtenir un emploi, une politique du logement qui concrétisera l'objectif de valeur constitutionnelle relatif à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, ainsi qu'une politique de la santé publique destinée à mettre en œuvre le principe de protection de la santé prévu par l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

Selon l'auteur, la notion de droit-créances au sens strict du terme doit donc être réservée au premier type de principes, ceux qui servent de fondement à des droits à prestation matérielle. Dans ce seul cas, en effet, le texte constitutionnel pose le principe d'une créance matérielle rendue exigible dans le cadre des normes de concrétisation.

1 - En ce qui concerne le second type de principes, c'est-à-dire ceux qui sont à l'origine d'une politique, le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint sur leur mise en œuvre

L'exemple le plus significatif est sans doute celui de la politique de l'emploi.

On sait qu'aux termes du cinquième alinéa du Préambule de 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Dès 1983, le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient au législateur, dans le cadre de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* » (décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, recueil page 41), formule constamment reprise depuis [\(2\)](#).

Pour mettre en œuvre ces principes économiques et sociaux, le législateur dispose d'une très large marge d'appréciation. Selon la formule actuelle du Conseil, « *le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif* » (décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001, recueil page 59, considérant 3).

C'est au nom de cette liberté d'appréciation du législateur que le Conseil constitutionnel a admis qu'étaient, l'une et l'autre, conformes à la Constitution :

– la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail de 1998 dès lors « *qu'en réduisant, à l'article 1^{er} de la loi, de 39 heures à 35 heures, la durée légale du travail effectif, en 2000 ou en 2002, selon les cas, et en prévoyant, à l'article 3, un dispositif visant à inciter les employeurs à réduire la durée du travail avant ces échéances, le législateur a entendu, dans le contexte actuel du marché du travail, s'inscrire*

– la loi en faveur du travail de l'emploi et du pouvoir d'achat de 2007 dès lors « *qu'il ressort des travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption de la loi déferée que l'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales des heures supplémentaires et complémentaires a pour but d'augmenter le nombre d'heures travaillées afin de stimuler la croissance et l'emploi* » (décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007).

Ceux qui, dans la doctrine, critiquent la liberté ainsi laissée au législateur oublient deux choses :

– la première est qu'en dehors du « *droit à l'emploi* », d'ailleurs assez vague, il n'existe aucune norme constitutionnelle dans ce domaine ;

– la seconde est que, selon le mot célèbre de Churchill, la démocratie est le pire des systèmes à l'exception de tous les autres : les parlementaires ont peut-être tous les défauts de la terre mais ils sont élus par leurs concitoyens et responsables devant eux. Le Conseil constitutionnel n'a aucune légitimité démocratique pour substituer, sur des sujets de ce type, son appréciation à celle du Parlement. C'est parce que le Conseil a toujours reconnu une large compétence au législateur, en refusant de se substituer à lui dans l'exercice de sa compétence, que le contrôle de constitutionnalité a pu se développer et s'affirmer comme il l'a fait depuis 1971 dans la patrie de Rousseau et de Montesquieu et qu'a été conjuré le spectre du « *Gouvernement des juges* ».

S'il ne contrôle donc pas l'objectif retenu par le législateur, le Conseil exerce, en revanche, un contrôle poussé sur la cohérence des modalités retenues par lui pour atteindre cet objectif.

Si le législateur peut ainsi, dans le cadre de la politique du logement, créer un crédit d'impôt destiné à favoriser la construction ou l'acquisition d'une habitation principale dans le but de faciliter l'accession à la propriété, cet objectif d'intérêt général ne saurait justifier l'octroi de ce crédit d'impôt pour des logements construits ou acquis avant l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue. Et si le Gouvernement justifie cette application par un objectif de soutien de la consommation et du pouvoir d'achat, « *en décidant d'accroître le pouvoir d'achat des seuls contribuables ayant acquis ou construit leur habitation principale depuis moins de cinq ans, le législateur a instauré, entre les contribuables, une différence de traitement injustifiée au regard de l'objectif qu'il s'est assigné ;* » (décision n° 2007-555 DC du 1^{er} août 2007, cons. 19 et 20).

2 - En ce qui concerne les droits-créances stricto sensu, c'est-à-dire le droit à des prestations matérielles, le Conseil constitutionnel exerce également un contrôle restreint mais réel

Comme pour les principes politiques, il estime que c'est au législateur et au pouvoir réglementaire de les mettre en œuvre.

Aux termes du 11^e alinéa du Préambule de 1946, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Le Conseil en a déduit, selon une formule constante, « *qu'il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre* » qu'il s'agisse de prestations d'assurance maladie, d'assurance vieillesse ou de prestations familiales.

Il a notamment estimé que l'exigence constitutionnelle résultant de ces dispositions « *implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; qu'il est cependant loisible au législateur pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités d'aide aux familles qui lui paraissent appropriées* » (décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997).

Il a également jugé que l'exigence constitutionnelle résultant de ces dispositions « *implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités ; qu'il est cependant possible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées* » (décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003).

Le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre de ces droits créances. Il se refuse à exercer le contrôle d'un contenu minimal des droits à prestation matérielle, comme le fait, par exemple, la Cour constitutionnelle italienne qui oppose une mesure minimale des droits sociaux non seulement aux interventions positives du législateur, si elle les juge trop restrictives, mais aussi à ses omissions, c'est-à-dire à celles qui ne déterminent qu'insuffisamment leurs modalités de mise en œuvre si bien qu'elles ne comportent pas de réelles garanties d'effectivité. Cela implique la reconnaissance de droits minima directement sur le fondement de la Constitution, dont les contours peuvent être précisés par l'interprétation de celle-ci.

Le contrôle du Conseil constitutionnel français est d'une autre nature. Selon une formule constante, s'il est à tout moment loisible au législateur

d'adopter pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, « *cependant l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999).

Le Conseil contrôle donc dans chaque cas si les nouvelles dispositions législatives n'ont pas pour effet de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. J'en donnerai trois exemples :

– s'agissant de la mise sous condition de ressources des allocations familiales en 1997, le Conseil a jugé, dans sa décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, que « *si les dispositions précitées des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ne font pas, par elles-mêmes, obstacle à ce que le bénéfice des allocations familiales soit subordonné à une condition de ressources, les dispositions réglementaires prévues par la loi ne sauraient fixer les plafonds de ressources, compte tenu des autres formes d'aides aux familles, de telle sorte que seraient remises en cause les exigences du Préambule de 1946 ; que, sous cette réserve, l'article 23 n'est pas contraire aux dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946* ».

– s'agissant de l'instauration d'une participation forfaitaire des assurés sociaux pour certains actes ou consultations prises en charge par l'assurance-maladie, le Conseil a jugé « *que le montant de cette participation devra être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004) ;

– s'agissant de la création d'une franchise annuelle laissée à la charge des assurés sociaux pour certains frais relatifs à des médicaments, à des actes effectués par un auxiliaire médical et à des transports sanitaires, dans la limite d'un plafond annuel, le Conseil a jugé « *que le montant de la franchise et le niveau du plafond devront être fixés de façon telle que ne soient pas remises en cause les exigences du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004).

Dans ces hypothèses, on le voit, les réserves d'interprétation émises concernent, en fait, les décrets d'application de la loi et seront mises en œuvre par le Conseil d'État tant dans ses formations consultatives que contentieuses.

Dès 1986, le Conseil d'État a jugé, à propos d'une délibération de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie qui subordonnait l'octroi des allocations familiales à un plafond annuel de ressources et modulait leur montant en fonction des revenus, « *que les modalités de détermination des seuils de revenus qu'a arrêtées l'assemblée territoriale ne portent pas atteinte, en l'espèce, au principe général en vertu duquel la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle* » (Sect., 6 juin 1986, Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autre).

Dans une affaire du 5 mai 2000, un requérant demandait l'annulation du décret de 1998 portant revalorisation du RMI. Le Conseil d'État tient compte, d'une part du fait que cette prestation est « *l'un des éléments du dispositif d'aide sociale aux personnes démunies de ressources* », d'autre part des « *autres aides susceptibles d'être apportées* ». Selon le juge, il ne ressort pas des pièces du dossier que le montant retenu par le décret porte atteinte au « *droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* » résultant du Préambule ou soit entaché d'erreur manifeste d'appréciation (CE, 5 mai 2000, *M. Pinault*, n° 205043).

Comme le montre clairement la rédaction de cette dernière décision, le Conseil d'État n'exerce cependant qu'un contrôle minimum, un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation.

3 – Le Conseil constitutionnel est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 et les libertés fondamentales de la déclaration de 1789

1 - Les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 occupent une fonction essentielle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

En effet, les principes de politique sociale consacrés par le Préambule de 1946, qu'il s'agisse d'une politique de santé publique, d'une politique de l'emploi ou d'une politique du logement, sont le plus souvent invoqués par le législateur pour justifier des atteintes portées aux libertés fondamentales. Le contentieux généré devant le juge constitutionnel concerne en grande partie les limites constitutionnellement admissibles de certains droits fondamentaux au nom d'un intérêt social reconnu par le texte constitutionnel : l'office du juge de la loi consiste à faire le départ, parmi les restrictions qui sont apportées aux droits et libertés, entre celles qui peuvent être admises et celles qui s'avèrent inconstitutionnelles.

Le recours à des principes de politique sociale ayant une valeur constitutionnelle justifie, de la part du législateur, une atteinte plus importante aux libertés que le simple recours à la notion d'intérêt général, dont il est seul juge. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a toujours distingué, parmi les atteintes portées par le législateur aux libertés fondamentales, « *les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles* »⁽³⁾. Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel considère qu'il est loisible au législateur d'apporter aux libertés fondamentales « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁽⁴⁾. Or, le recours à des exigences constitutionnelles résultant notamment du Préambule de 1946 justifie des atteintes plus importantes aux libertés fondamentales que le simple recours à l'intérêt général pour une raison juridique évidente : l'intérêt général, librement apprécié par le législateur, n'a qu'une valeur législative ; les exigences constitutionnelles, et notamment celles résultant du Préambule de 1946, ont une valeur constitutionnelle. Dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel est donc conduit à contrôler, selon un raisonnement qui lui est très familier, la conciliation qu'a opérée le législateur entre deux exigences qui sont l'une et l'autre de valeur constitutionnelle : d'une part, la mise en œuvre d'un principe de politique sociale et, d'autre part, le respect d'une liberté fondamentale. Il s'agit d'ailleurs d'un contrôle restreint.

Ce type de raisonnement qui permet au législateur, au nom de principes sociaux ayant une valeur constitutionnelle (droit à la santé, droit à l'emploi, droit au logement) de porter atteinte aux libertés fondamentales constitue une très grande originalité des pays européens vis-à-vis des pays anglo-saxons. Jouant une fonction essentielle dans la jurisprudence des cours constitutionnelles européennes, ce type de raisonnement est totalement étranger, par exemple, à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis.

Cette problématique est très présente, à la fois sur le plan quantitatif et sur le plan qualitatif, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Elle est d'abord apparue dans le domaine de la santé publique. Ainsi, saisi en 1991 d'une loi interdisant toute publicité directe ou indirecte en faveur du tabac, le Conseil constitutionnel a jugé « *que l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général ; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la protection de la santé* ». En l'espèce, il a estimé que l'interdiction totale de la publicité en faveur du tabac trouvait dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique un fondement qui justifiait l'atteinte portée au droit de propriété d'une marque concernant le tabac et à la liberté d'entreprendre (décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991). Il est intéressant de relever que la Cour suprême du Canada a estimé, au contraire, qu'une législation interdisant toute publicité en faveur du tabac violait la liberté d'expression garantie par la Constitution (RJR – Mac Donald Inc vs Attorney General 1995 3 S.C.R. 199).

Cette problématique a été ensuite développée dans le domaine du logement. Ainsi, saisi en 1998 de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, le Conseil constitutionnel a jugé que « *s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif constitutionnel que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ; que doit aussi être sauvegardée la liberté individuelle* » (décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998). Le Conseil constitutionnel a notamment vérifié que la procédure de réquisition des logements vacants prévue par la loi, qui limite pour une période de temps déterminée le droit d'usage des locaux réquisitionnés, ne revêtait pas « *alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle* » un caractère de gravité tel qu'elle dénaturerait le sens et la portée du droit de propriété.

2 - Mais c'est surtout dans le domaine de la politique de l'emploi que le Conseil constitutionnel a développé, dans la période récente, cette problématique

Saisi en 2002 de la loi de modernisation sociale, il a fait la théorie générale de la conciliation entre la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946 et le respect des libertés fondamentales. Il a jugé « *qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (décision n° 2001 455-DC du 12 janvier 2002). En l'espèce, il a constaté que le cumul des contraintes que la nouvelle définition du licenciement économique résultant de l'article 107 de la loi déferée faisait peser sur la gestion de l'entreprise avait pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité était en cause. Il en a déduit « *qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi* » et a donc censuré l'article 107.

Le considérant de principe de la décision sur la loi de modernisation sociale a été repris par le considérant 24 de la décision n° 2004-509 DC du

13 janvier 2005 sur la loi de programmation pour la cohésion sociale. Le Conseil a estimé qu'en édictant les dispositions de l'article 77 de la loi déferée, qui prévoient que le juge ne peut ordonner la réintégration de salariés licenciés en cas de nullité du plan social lorsque cette réintégration est devenue impossible, le législateur avait « *opéré entre le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement, et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, une conciliation qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste* ».

La période récente est caractérisée par un développement des censures prononcées sur le fondement de la liberté d'entreprendre.

Dans sa décision sur le licenciement des salariés protégés, le Conseil a jugé que dans la mesure où la protection assurée au salarié par les dispositions contestées découlait de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise, « *ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement* » (décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012) ;

Dans sa décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de l'article 1^{er} de la loi visant à reconquérir l'économie réelle. Cet article 1^{er} ne permettait un refus de cession de l'établissement en cas d'offre de reprise sérieuse que lorsque ce refus est motivé par la « *mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise cessionnaire* ». Le Conseil a jugé que ceci privait l'entreprise de sa capacité d'anticiper des difficultés économiques et de procéder à des arbitrages économiques. Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi confiait au tribunal de commerce le soin d'apprécier si une offre de reprise est sérieuse, ce qui conduisait le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise. En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé que l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime de refus et la compétence confiée au tribunal de commerce pour apprécier cette obligation et sanctionner son non-respect faisaient peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment d'aliénation de ses biens, et sur sa gestion des contraintes qui portaient une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre.

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est-elle de nature à modifier ou à influencer ces principes de la jurisprudence dans le domaine social ?

Contrairement à une partie de la doctrine ⁽⁵⁾, ma conviction personnelle est que la réponse est positive pour deux raisons :

– d'une part, la force de la QPC est de permettre de remettre en cause et de confronter aux exigences nouvelles du contrôle de constitutionnalité des textes souvent anciens : or de tels textes sont très nombreux en matière sociale, qu'il s'agisse, par exemple, de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, de la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail ou de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos dominical.

– d'autre part, la QPC, même si elle se présente comme un recours individuel d'un citoyen lésé par l'application d'une loi qu'il juge inconstitutionnelle, va être, à mon avis, de plus en plus utilisé comme un recours collectif par des groupements ou associations pour obtenir l'abrogation d'une loi qui les gêne. Sous cet angle, son champ potentiel me paraît très important en droit social, compte tenu de l'action des syndicats de salariés et d'employeurs. J'en donnerai deux exemples récents : le recours formé par FO contre la loi du 20 août 2008 sur la représentativité, qui a été déclarée conforme à la Constitution (décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010) et le recours de la société Sephora contre les conditions du recours au travail de nuit (décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014).

On peut ainsi légitimement penser que le développement de la QPC donnera un nouvel élan aux trois grands principes que le Conseil constitutionnel a dégagés, avec une grande continuité et fermeté, depuis 40 ans.

⁽¹⁾ Laurence Gay, *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, 2007.

⁽²⁾ Décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986 ; n° 98-401 DC du 10 juin 1998 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 ; n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 ; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 ; n° 2007-555 DC du 16 août 2007.

⁽³⁾ Décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998 considérant 26 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 considérant 27 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 considérant 40.

⁽⁴⁾ Décisions n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 considérant 13 ; n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001 considérant 18 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 considérant 46 précité ; n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 considérant 24 précité.

