

Cours de droit social

(W. MILLET et P. FOURNIER)

MODULE II – LA NAISSANCE DE LA RELATION DE TRAVAIL

Le droit social plonge ses racines très profondément puisque coexistent ensemble des sources de niveau mondial, européen, national, professionnel ou interprofessionnel, et même individuel. Les sources du droit social présentent alors l'originalité de faire cohabiter entre elles des règles d'origine étatique ou supra-étatique (sources institutionnelles) et des règles d'origine non-étatique (sources professionnelles). L'abondance des normes professionnelles à tendance à complexifier l'articulation entre les différentes sources.

I. Les sources du droit social

La présentation suivante classe les sources par ordre de priorité dans la hiérarchie des normes.

1. La Constitution

La **Constitution française du 4 octobre 1958** incarne la norme suprême en droit français. Elle intègre notamment la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, le **préambule de la Constitution de 1946**, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes considérés comme « particulièrement nécessaires à notre temps », etc. On parle alors de bloc de constitutionnalité. Sont par exemple reconnus des principes tels que le droit à l'emploi sans discrimination, le droit du salarié de participer à la détermination collective de ses conditions de travail par l'intermédiaire de ses représentants, la liberté syndicale ou encore le droit à la



protection de la santé. Les tribunaux font régulièrement référence aux principes à valeur constitutionnelle pour irriguer, imprégner le droit du travail.

2. Les sources supranationales

Elles sont diverses. Certaines règles élaborées au niveau mondial par plusieurs États dont la France s'imposent aux juges en droit social. Il s'agit des **traités et conventions internationaux**, telles que les conventions élaborées dans le cadre de l'organisation internationale du travail (OIT).

Par ailleurs, le Conseil de l'Europe, organisation internationale créée en 1949 et fédérant 47 Etats, a adopté 2 conventions importantes en droit du travail. D'une part, la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** de 1950 contient une liste de droits civils et politiques. D'autre part, la **charte sociale européenne** de 1961 a pour objectif de promouvoir et garantir les droits économiques et sociaux, en particulier ceux des travailleurs européens.

Enfin à l'échelle européenne, si l'importance du « droit primaire » en droit social est relativement faible car les traités communautaires (accords de Maastricht, traité de Lisbonne, etc.) ne font que définir des objectifs communs, le « droit dérivé » (règlements communautaires et directives) imprègne quant à lui tout le droit social.

Quant à la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE) (autrement appelée juge de Luxembourg), elle permet aussi d'assurer le respect du droit européen et influence le droit français par ses décisions.

3. Les lois et les ordonnances

La loi est votée par le Parlement, promulguée par le président de la République et publiée au Journal Officiel de la République française (JORF). Elle joue un rôle central en droit social car elle détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale. Ces dispositions se situent dans la partie législative du Code du travail et du code de la Sécurité sociale.



Il existe aussi quelques loi non codifiées, mais que les éditeurs juridiques intègrent quand même à la fin des Codes, telle que la *Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques* (dite Loi Evin).

Depuis 2007, tout projet de réforme du droit du travail doit être précédé d'une concertation préalable avec les syndicats de salariés et les organisations représentatives d'employeurs (sauf urgence). On parle alors de loi « négociée » lorsque celle-ci se borne à reprendre le contenu de l'accord préalable négocié avec les organisations syndicales.

Quant aux ordonnances, il s'agit des actes pris par le gouvernement dans le domaine normalement réservé à la loi. Le Parlement vote une loi d'habilitation, autorisant le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pendant une durée limitée et sur des thématiques pré-identifiées. Une fois les ordonnances publiées au journal officiel, le Parlement vote alors une loi de ratification. A défaut elles deviennent caduques.

4. Les décrets et arrêtés

Un décret est un acte réglementaire du pouvoir exécutif apportant des précisions à la loi. Les décrets complètent donc la loi en lui apportant certaines précisions techniques. Il arrive parfois que l'application de certaines lois soit conditionnée à la parution d'un décret. Il existe des décrets délibérés en Conseil des ministres (signé par le président de la République), des décrets en Conseil d'Etat (soumis au Conseil d'Etat pour avis avant leur édition), et des décrets simples. Ils sont codifiés dans la partie réglementaire du Code du travail et du Code de la Sécurité sociale (Articles R. et D.).

Un arrêté est aussi un acte de portée réglementaire mais n'émanant pas du premier ministre ou du président de la République. Il est signé par un ou plusieurs ministres, un préfet, un maire, etc. Dans la hiérarchie des normes, il est inférieur au décret.

5. La jurisprudence

Elle est constituée de l'ensemble des décisions de justice rendue en la matière. C'est une source très importante en droit social dans la mesure où elle permet de pallier le manque de précision de certaines dispositions légales en créant la règle de droit, ou d'en fournir une interprétation. En droit social, toutes les hautes juridictions sont compétentes (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel).

6. La négociation collective

Les textes conventionnels, appelés aussi accord collectif ou convention collective, sont conclus entre :

- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeur ou un groupement d'employeurs, ou un employeur individuellement,
- et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés

dans le but de déterminer l'ensemble des conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés ainsi que leurs garanties sociales. L'objet de ces textes se veut alors très large, traitant par exemple des salaires, de la classification des emplois, du temps de travail, de la prévoyance complémentaire, des conséquences de la rupture du contrat de travail, etc.

Il existe 5 niveaux de négociation :

- le niveau national interprofessionnel (plusieurs secteurs d'activité économique) ;
- le niveau professionnel ou de branche (un secteur d'activité) ;
- le niveau du groupe (plusieurs entreprises appartenant au même groupe) ;
- le niveau de l'entreprise ou d'un établissement ;
- le niveau interentreprises.

L'accord ou la convention collective va déterminer son champ d'application territorial (national, régional, départemental voir local) et son champ d'application professionnel défini en termes d'activité économique.



Ces conventions ou accords collectifs ont valeur obligatoire dès lors qu'ils sont régulièrement conclus, respectent la législation sociale et sont applicables dans l'entreprise. Dotées d'un effet normatif, ils s'appliquent donc même aux personnes qui n'ont pas pris part à leur élaboration mais qui rentrent dans leur champ.

La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des questions relatives au travail alors que l'accord collectif ne porte que sur un ou plusieurs points précis (salaire, durée du travail, frais de santé, prévoyance, etc.). Toutefois, l'un et l'autre sont signés au terme d'un même processus. Ils ont exactement le même régime et les mêmes effets. C'est pourquoi dans la pratique les termes de convention collective et accord collectif sont souvent utilisés comme des synonymes.

7. Les usages, accords atypiques et engagements unilatéraux de l'employeur

Un usage est une pratique habituelle qui est constante, générale et fixe. Lorsque son ancienneté et sa stabilité sont établies, l'usage acquiert force obligatoire à l'égard des salariés. Il existe des usages généraux, des usages professionnels ou d'entreprises. Les usages d'entreprise sont de loin les plus répandus.

Lorsque le critère de constance, fixité ou de généralité fait défaut, il ne s'agit alors plus d'un usage mais d'un engagement unilatéral de l'employeur. L'employeur peut dénoncer un usage ou un engagement unilatéral en respectant une procédure particulière. Ils peuvent aussi être écartés sans plus de forme par l'entrée en vigueur d'un accord collectif portant sur un sujet identique.

Les accords atypiques sont quant à eux des accords conclus entre l'employeur et certains représentants de salariés qui n'ont pas la qualité de syndicat représentatif de salariés (membre du comité social et économique, comité informel de grève, etc.). Ils peuvent aussi être unilatéralement dénoncés par l'employeur.

8. Le règlement intérieur

Fruit du pouvoir de direction de l'employeur, le règlement intérieur est un document établi unilatéralement par le chef d'entreprise comportant des dispositions en matière d'hygiène, de

sécurité et fixant les règles générales relatives à la discipline dans l'entreprise (notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur). La jurisprudence (arrêt Unigrain) le considère comme un « acte réglementaire de droit privé » ([Cass. soc. 25 sept. 1991, n° 87-42.396](#))

Obligatoire dans les entreprises de 50 salariés et plus, il est adopté après consultation du comité social et économique (CSE) et fait l'objet de formalités de publicité obligatoire (affichage dans les locaux de l'entreprise, dépôt au secrétariat-greffé du conseil de prud'hommes). Il est aussi communiqué à l'inspecteur du travail afin d'en contrôler sa légalité. Le règlement intérieur ne peut contenir de dispositions « *apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » ; ou « *discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap* » (Article L. 1321-3 du code du travail).

A titre d'illustrations, la jurisprudence a pu établir qu'est illicite la clause du règlement intérieur :

- autorisant la direction à se faire ouvrir à tout moment les vestiaires ou armoires individuelles ([CE. 12 juin 1987, 72388](#)) ;
- interdisant le mariage entre les salariés de l'entreprise ([Cass. Soc. 10 juin 1982, n°8040.929](#)) ;
- interdisant à des caissières le passage des membres de leur famille en précisant qu'il s'agit d'une faute grave (*CE. 9 décembre 1995*) ;
- interdisant toute conversation étrangère au service (*CE. 25 janvier 1989, Sté Sita*) ;
- exigeant des salariés le port d'une blouse blanche pendant le travail, dès lors que cette restriction à la liberté individuelle de se vêtir n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir (*Soc. 18 février 1998*).

En revanche est licite la clause du règlement intérieur prévoyant des contrôles aléatoires de consommation de substances stupéfiantes pour les postes pour lesquels l'emprise de la drogue

constitue un danger particulièrement élevé pour le salarié ou pour les tiers. ([CE, 5 déc. 2016, 394178](#)).

10. Le contrat de travail

Sur le plan individuel, la relation de travail se manifeste essentiellement par l'existence d'un contrat de travail. Le contrat de travail reste le sésame pour que le travailleur puisse bénéficier de la limitation du temps de travail, du repos hebdomadaire, des congés payés, d'un salaire minimum, etc. Les charges sociales des salariés sont alors payées en partie par l'entreprise, ce qui leur permet de relever du régime général de la sécurité sociale et de cotiser à l'assurance chômage. La phase de conclusion du contrat de travail est alors indispensable pour bénéficier de toute la protection inhérente aux travailleurs salariés (II).

11. Les sources en dehors de la hiérarchie des normes

- **Les circulaires :** La circulaire, autrement appelée « note de service », « instruction » ou encore « questions-réponses » est un **texte qui permet aux autorités administratives** (ministre, recteur, préfet...) **d'informer leurs services**. Le plus souvent, la circulaire est prise **à l'occasion de la parution d'un texte** (loi, décret...) afin de le présenter aux agents qui vont devoir l'appliquer. Elle doit se contenter de l'expliquer, de l'interpréter et ne peut rien ajouter au texte. Sa portée juridique est donc nulle même si, en pratique, elle peut néanmoins influencer les tribunaux dans leur interprétation de la loi. Afin d'être applicable et opposable par l'administration à ses administrés, elle doit être tenue à la disposition du public sur un site internet relevant du premier ministre, et interpréter une législation toujours en vigueur. Par exemple, le bulletin officiel de la Sécurité sociale (BOSS), rassemble la doctrine administrative ministérielle en matière de cotisations et contributions de Sécurité sociale sur une base unique et consolidée : www.boss.gouv.fr
- **La soft law ou droit mou :** Ce vocable désigne un ensemble de règles non-obligatoires, mais qui est en général suivi par un groupe d'individus en raison des particularités de leur activité dans le but de tendre vers une « norme de marché ». Par exemple, en protection sociale



complémentaire, le droit mou peut prendre la forme de guides pratiques, de recommandations ou d'engagements émanant des différentes fédérations d'assureurs.

A savoir : Les normes supérieures dans la hiérarchie ont la priorité sur les normes inférieures. Ainsi la loi doit respecter la constitution, de même que les décrets et règlements doivent respecter la loi. Cependant, parce que le droit du travail est un droit protecteur, les normes inférieures peuvent améliorer celles qui sont au-dessus. On parle de principe de faveur ou d'ordre public social, c'est-à-dire un principe selon lequel la règle de rang inférieur écarte la règle de rang supérieur lorsqu'elle est plus favorable. C'est donc la norme la plus favorable qui s'applique au salarié.

Ce principe de faveur n'est néanmoins pas strict et connaît certaines exceptions notables :

- D'une part, il existe certaines règles d'ordre public absolu, auxquelles il est impossible de déroger, même dans un sens plus favorable au salarié.
- D'autre part, le code du travail autorise la négociation d'accords dérogatoires, par lequel les partenaires sociaux négocient des « règles du jeu » moins favorables pour les salariés que la loi.
- Enfin depuis 2017, dans les rapports entre accords d'entreprise et accord de branche, la réglementation prévoit la primauté de l'accord d'entreprise, lequel peut donc déroger en moins favorable ou plus favorable à l'accord de branche. Cependant, l'accord de branche retrouve sa primauté sur l'accord d'entreprise dans certaines matières limitativement énumérées par le code du travail (tel que les garanties de prévoyance complémentaire).

II. La conclusion du contrat de travail

Le contrat de travail est avant tout un contrat obéissant au droit civil, et plus précisément au droit commun des obligations. Sa validité est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions : le consentement des parties, la capacité de contracter, un contenu licite et certain, une négociation de bonne foi.

Le contrat de travail est **synallagmatique**, c'est à dire qu'il contient des obligations réciproques entre les parties. Ainsi, si l'employeur ne respecte pas ses obligations tel le paiement du salaire, le salarié est délivré de son obligation de fournir la prestation de travail. Le contrat de travail est conclu **à titre onéreux** : en droit du travail, la force de travail n'est pas gratuite. Le contrat de



travail est à **exécution successive**, c'est-à-dire que les obligations de chaque partie sont échelonnées dans le temps. Le contrat de travail est un contrat **intuitu personae**, c'est-à-dire conclu en considération de la personne. Il n'est donc pas transmissible à une autre personne.

Le code du travail ne donne pas de définition du contrat de travail. Ses conditions d'existence ont été définies par la jurisprudence, qui a mis en lumière trois éléments constitutifs : une prestation de travail, une rémunération et un lien de subordination.

Préalablement à la conclusion du contrat de travail, le processus de recrutement doit toutefois répondre à quelques exigences. Le recrutement consiste en l'ensemble des opérations précédant la conclusion du contrat de travail. Les phases d'évaluation et de tri des candidats sont gouvernées par quelques principes que l'employeur est tenu de respecter à peine de sanctions. Le processus de recrutement ne doit ainsi pas être discriminatoire et les méthodes de recrutement doivent être portées à la connaissance du candidat.

1. La sélection du candidat

L'employeur a le droit de demander des informations au candidat afin d'apprecier ses compétences, ses qualifications et ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi et le poste à pourvoir, sans discrimination. Le salarié est alors tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'information.

C'est ainsi que les préférences culinaires d'un candidat, ses goûts musicaux ou des questions relatives à sa situation de famille pourront difficilement être considérées comme des informations directes et nécessaires à un emploi d'actuaire-conseil ou de statisticien.

L'objectif de la législation vise à écarter les situations de discrimination dans l'accès à l'emploi. Par exemple, des questions relatives à l'orientation religieuse du candidat, à son état de grossesse, son état de santé, son orientation sexuelle, porteraient atteinte à sa vie privée et ne sauraient être de nature à l'écartier du processus de recrutement. Ce type de questions, sans rapport direct avec l'emploi sollicité, autorise le salarié à y répondre de mauvaise foi, c'est-à-dire à mentir. A titre



d'illustration, l'article L. 1225-1 du code du travail autorise explicitement la femme enceinte à ne pas dévoiler son état de grossesse à son futur employeur.

À savoir : *dans les entreprises de 50 salariés et plus, les informations communiquées par le candidat sous forme écrite doivent être examinées de manière anonyme... mais le décret permettant la mise en œuvre de cette obligation n'a jamais été publié.*

2. L'information du candidat

Le candidat qui postule un emploi doit être informé préalablement des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées (par exemple tests psychotechniques, mises en situation professionnelles, recours à un cabinet de recrutement, etc.). Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance. Ainsi, l'utilisation d'une caméra ou de micros cachés est interdite. De même, le contrôle de référence opéré par une entreprise en téléphonant au précédent employeur du candidat reste licite s'il en est informé.

Les méthodes et techniques auxquelles l'employeur a recours doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie. Cette exigence de pertinence interdit certaines pratiques fantaisistes telles que la sorcellerie, le chamanisme, la numérologie ou encore la cartomancie. Enfin, les résultats obtenus doivent rester confidentiels, c'est-à-dire ne pas être dévoilés à des tiers.

3. Les sanctions encourues par l'employeur

Sur le plan pénal, le refus d'embauche pour un motif discriminatoire constitue une infraction réprimée par les tribunaux (45 000 € d'amende). Toutefois en pratique, il n'est pas aisément établi un lien de causalité entre un critère discriminant et la non-sélection du candidat, surtout quand les questions prohibées n'ont pas été posées par écrit. Le fait de subordonner une offre d'emploi ou une demande de stage à un critère discriminatoire est aussi une infraction pénale. Dans cette situation, la discrimination est plus facile à établir car la simple offre diffusée suffit. Mais il faudra prouver l'intention discriminante de l'entreprise.

Sur le plan civil, l'annulation de la procédure de recrutement irrégulière et la sollicitation de dommages-intérêts pourraient être demandées par un candidat, notamment en cas d'atteinte à sa vie privée, mais cela reste très théorique.

4. Les déclarations de l'employeur à l'occasion de l'embauche

La conclusion du contrat de travail doit faire l'objet d'une déclaration préalable à l'embauche (DPAE), laquelle constitue une mesure de simplification des obligations déclaratives de l'employeur. Elle doit être effectuée dans les 8 jours qui précèdent toute embauche du salarié. Elle permet d'ouvrir au salarié tous ses droits sociaux. Elle effectue en une seule démarche, diverses formalités obligatoires suivantes auprès de l'Urssaf :

- Immatriculation de l'employeur au régime général de sécurité sociale (en cas d'embauche d'un premier salarié) ;
- Affiliation de l'employeur au régime d'assurance chômage ;
- Immatriculation du salarié à la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) ;
- Demande d'adhésion de l'employeur à un service de santé au travail ;
- etc.

A noter que la DPAE est d'office intégrée dans des dispositifs de simplifications administratives telle que le chèque emploi associatif (CEA) ou le titre emploi service entreprise (TESE). Toute nouvelle embauche doit également être consignée dans le registre unique du personnel, tenu à la disposition des représentants du personnel et de l'inspection du travail.