Document généré le 11 oct. 2024 22:49

Les Cahiers de droit

La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français

Bertrand Mathieu

Volume 48, numéro 1-2, 2007

URI : https://id.erudit.org/iderudit/043925ar
DOI : https://doi.org/10.7202/043925ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Mathieu, B. (2007). La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français. *Les Cahiers de droit*, *48*(1-2), 121–136. https://doi.org/10.7202/043925ar

Résumé de l'article

L'articulation entre la loi et les accords collectifs de travail repose en droit français sur le principe constitutionnel de participation. L'évolution du système normatif est caractérisée par un développement de la part du contrat. Au système traditionnel de mise en œuvre de la loi par les accords collectifs, s'ajoutent un renforcement des exigences liées au respect des conventions par le législateur et une plus grande liberté des partenaires sociaux quant à la détermination de la substance des accords. Enfin, une réforme législative est engagée pour renforcer le rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration des lois relatives au droit du travail.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2007

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français

Bertrand MATHIEU*

L'articulation entre la loi et les accords collectifs de travail repose en droit français sur le principe constitutionnel de participation. L'évolution du système normatif est caractérisée par un développement de la part du contrat. Au système traditionnel de mise en œuvre de la loi par les accords collectifs, s'ajoutent un renforcement des exigences liées au respect des conventions par le législateur et une plus grande liberté des partenaires sociaux quant à la détermination de la substance des accords. Enfin, une réforme législative est engagée pour renforcer le rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration des lois relatives au droit du travail.

Under French law, the ongoing relationship between law and collective working agreements is grounded in the constitutional principle of participation. Changes in the normative system issue from evolution in contract law. Besides traditional implementation by the coming into force of legislation via collective agreements, the legislator has, in addition, reinforced requirements pertaining to compliance with contractual agreements and enhanced freedom for entrepreneurial associates to determine the substance of agreements. Lastly, legislative reform has been undertaken to strengthen the role of entrepreneurial associates in the making of legislation pertaining to Labour Law.

* Professeur, Université Panthéon-Sorbonne Paris I ; directeur du Centre de recherche de droit constitutionnel.

***Les Cahiers de Droit*, vol. 48, n°s 1-2, mars-juin 2007, p. 121-136**

Pages

1 La mise en œuvre de la loi par les accords collectifs ou la convention comme substitut du règlement administratif 125

2 La dérogation à la loi par les accords collectifs ou les limites du principe dit de faveur 127

3 La remise en cause des accords collectifs par la loi ou les exigences tenant au respect du principe de la liberté contractuelle 131

4 Le rôle des partenaires sociaux dans la préparation de la loi ou la démocratie sociale concurrence la démocratie représentative 132

Conclusion 135

Si la Constitution de 1958 a fixé les règles de répartition des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire, une troisième autorité se voit reconnaître constitutionnellement un pouvoir normatif : ce sont les partenaires sociaux. Ce pouvoir normatif spécifique qui prend forme au travers d'actes de nature contractuelle trouve un fondement constitutionnel spécifique dans le principe de participation inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946. Ce préambule qui établit un certain nombre de droits et d'objectifs, essentiellement en matière sociale, est un texte de droit positif du fait de la référence qui en est faite dans le Préambule de la Constitution de 1958, en vigueur aujourd'hui.

Avant d'analyser la répartition des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux, il convient de retracer sommairement le cadre constitutionnel dans lequel s'exerce la négociation collective des conditions de travail.

Parmi les principes ainsi reconnus en 1946 figure celui selon lequel tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises[1]. Ce principe a été rappelé et mis en œuvre dans un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel. Le principe dont il est question ici ne concerne pas la participation aux résultats financiers de l'entreprise qui ne semble répondre à aucune exigence constitutionnelle.

---

1. Sur ce principe, voir B. MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

Le titulaire du droit à la participation est le travailleur. Ce droit s'exerce dans le cadre d'un travail organisé, il concerne donc également les fonctionnaires soumis à un statut et non seulement le salarié contractant (*cf.* décision 77-83 DC). En revanche, les étudiants ne voient pas leur droit à participation, au sein des conseils de faculté ou d'université, protégé par la Constitution (*cf.* décision 80-120 DC). Le Conseil constitutionnel a admis que la représentation des travailleurs puisse être aménagée, voire supprimée pour certains salariés qui, engagés dans des conditions réglementaires particulières, ne sont pas pris en compte dans les effectifs de l'entreprise nécessitant la mise en place d'organes de participation (*cf.* décision 77-79 DC).

L'objet de la participation est la détermination collective des conditions de travail et la participation à la gestion de l'entreprise. Ce droit ne concerne donc pas les relations individuelles de travail. L'intervention d'un délégué des travailleurs en cas de licenciement individuel ne répond donc à aucune exigence constitutionnelle (décision 90-284 DC). En revanche, le principe de participation concerne la gestion des institutions de retraite (*cf.* décision 94-348 DC). Dans la requête qui a donné lieu à cette décision, les saisissants soulignaient, sans être contredits par le Conseil, que les conditions de travail doivent être entendues comme visant tout avantage dont sont susceptibles de bénéficier les salariés et les anciens salariés en raison de l'existence d'une relation d'emploi.

Le principe de participation relève d'un système représentatif, c'est-à-dire qu'il s'exerce, selon le texte constitutionnel lui-même, non pas directement par l'ensemble des travailleurs, mais par l'intermédiaire de délégués. En la matière, la règle du monopole syndical ne répond pas parfaitement aux exigences constitutionnelles. En effet, en ce qui concerne, par exemple, les conventions collectives, instruments essentiels de la participation, les syndicats représentatifs, qui jouissent d'un monopole, sont les agents d'exercice d'un droit collectif dont les salariés (ou leurs délégués) sont les véritables titulaires. En effet, le Conseil constitutionnel admet facilement que les syndicats aient l'exclusivité de cette prérogative, exclusivité que le texte constitutionnel ne leur reconnaît pas. Ainsi que le relevait L. Hamon, « s'il y a contradiction entre le droit de participation des travailleurs et les prolongements pratiques du droit syndical, le Conseil constitutionnel donne la priorité au droit syndical[2] ».

2. L. HAMON, « Emploi, démocratisation du secteur public et Sécurité sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », (1984) *D. soc.*161 et suiv., voir en ce sens les décisions n° 83-162 DC (20 juil. 1983), n° 82-148 DC (14 déc. 1982) et n° 82-145 DC (10 nov. 1982).

En revanche, le Conseil a admis que, dans certains cas et au niveau de l'entreprise, le principe de participation puisse se réaliser par des propositions du chef d'entreprise ratifiées par la majorité des intéressés, voire par une concertation appropriée (décisions 94-348 DC et 93-328 DC). Cette affirmation, selon laquelle le monopole syndical en matière de négociation collective ne relève d'aucune exigence constitutionnelle, est reprise très clairement dans la décision 96-383 DC. Sans la remettre en cause, le Conseil met cependant l'accent sur le caractère contractuel de la participation (décision 2004-494 DC). Cette absence de monopole syndical ne doit cependant pas faire oublier l'essentiel, à savoir que les syndicats jouent un rôle déterminant en matière de négociation collective, et que cette intervention résulte, selon le Conseil constitutionnel, d'une exigence constitutionnelle (décision 96-383 DC). Il convient donc de considérer que les syndicats ont vocation non seulement à défendre leurs adhérents mais aussi les intérêts de l'ensemble d'un groupe social (*cf.* décision 89-257 DC). La mise en œuvre de ces prérogatives syndicales exige l'intervention des syndicats dans la détermination collective des conditions de travail. L'intervention de salariés élus ou représentatifs, des délégués au sens de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, n'est admise que de manière subsidiaire, à partir du moment où les syndicats sont défaillants, en l'espèce dans les entreprises qui ne disposent pas de délégués syndicaux. La nécessité d'une mise en œuvre du principe de participation l'emporte alors sur les exigences relatives à l'intervention des syndicats.

L'existence du principe de participation implique la protection des représentants et des délégués. Dans la décision 96-383 DC, le Conseil précise que relève des garanties légales nécessaires au respect d'un principe constitutionnel la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions, en toute indépendance par rapport à leur employeur. Cette formulation semble signifier que ces garanties n'ont pas, en elles-mêmes, valeur constitutionnelle, mais leur existence conditionne le respect d'un principe constitutionnel. Ces garanties peuvent évoluer ou être modulées, mais elles ne peuvent être supprimées, sauf à violer le principe constitutionnel auquel elles sont liées.

C'est au travers des conventions et accords collectifs que ce droit à la participation trouve essentiellement à s'exprimer. En toute hypothèse, le principe de participation est le fondement constitutionnel de l'existence de conventions collectives.

L'articulation entre la loi et les accords collectifs s'opère à plusieurs niveaux.

D'abord, et c'est la question la plus classique, les accords collectifs de travail jouent le rôle de substitut des règlements administratifs d'application en matière de droit du travail. La deuxième question qui est posée est celle de la marge de manœuvre dont disposent les partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la loi. L'étendue du pouvoir de dérogation selon qu'il s'applique exclusivement *in melior* ou peut également s'appliquer *in pejus* porte un enjeu social et politique important selon que l'accent est mis sur une conception linéaire du «progrès» social, ou sur la nécessité d'adaptation et de souplesse du droit du travail. Les deux dernières questions concernent l'important problème de la part de la loi et de la part du contrat dans la formation du droit. En effet, tant l'émergence du respect du principe de la liberté contractuelle entendue comme le respect des conventions légalement conclues, que la promotion du contrat comme substitut ou tout du moins comme condition à la loi, tend à modifier l'équilibre traditionnel. De ce dernier point de vue, la question du rôle des partenaires sociaux dans la préparation de la loi fait l'objet de débats ayant abouti à un projet de loi.

1 La mise en œuvre de la loi par les accords collectifs ou la convention comme substitut du règlement administratif

Les règles essentielles relatives aux rapports constitutionnels entre la loi et la convention collective ont été fixées par la décision 89-257 DC. Il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations tenant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employés et aux employeurs, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après concertation, les modalités concrètes de mise en œuvre des principes qu'il édicte[3]. Ainsi, alors qu'un accord collectif est un substitut du règlement d'application d'une loi, les partenaires sociaux ne peuvent, en revanche et en principe, se substituer au législateur dans le cadre des compétences qui sont réservées à ce dernier par la Constitution[4]. En ce sens, le juge constitutionnel répugne à laisser aux partenaires sociaux une marge d'appréciation trop large. Dans sa décision 89-269 DC (en ce qui concerne le problème voisin d'une convention entre les médecins et la sécurité sociale), le juge précise que l'habilitation ne doit concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Cependant, cette réserve peut s'avérer moins stricte à partir du moment où le Conseil tend à limiter les censures du législateur pour incompétence négative afin de conduire le législateur à meilleur respect des

3. Voir également, en ce sens, la décision n° 93-328 DC (16 déc. 1993) et la décision n° 99-423 DC (13 janv. 2000).
4. Sur cette question, voir notamment B. MATHIEU, *op. cit.*, note 1, p. 23.

dispositions constitutionnelles relatives à ses compétences dans le souci de lutter contre l'inflation législative (*cf.* en ce sens décision 2006-523 DC).

Le renvoi de la loi à la convention collective semble exclure toute intervention du pouvoir réglementaire[5]. En revanche, le gouvernement peut retrouver partiellement son pouvoir réglementaire en apportant son agrément à la convention (*cf.* décision 89-269 DC). De même, le législateur peut prévoir que les modalités d'application de la loi seront déterminées par décret en l'absence de convention collective due à la carence des partenaires sociaux (décision 2004-507 DC). La loi peut également renvoyer à un accord collectif la mise en œuvre d'une disposition qu'elle édicte, alors même que l'intervention du législateur a pour effet de rendre opposables les stipulations de l'accord à l'ensemble des personnels concernés (*cf.* décision 98-402 DC). Dans sa décision 96-383 DC, le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur doit fixer les conditions et garanties de mise en œuvre des principes constitutionnels, en l'espèce le droit syndical et la participation. Ainsi, il lui appartient, notamment, de fixer les effectifs de salariés, en fonction desquels seront déterminées les procédures applicables à la conclusion d'accords collectifs[6], ainsi que les garanties dont bénéficient les délégués des salariés et les représentants syndicaux.

Le caractère expérimental de la loi peut cependant conduire à ce qu'il soit dérogé à ces règles relatives aux rapports entre la loi et la convention collective. Ainsi, dans la décision 96-383 DC, le Conseil énonce que, si la détermination des effectifs à partir desquels les dispositions dérogatoires pourront s'appliquer relève de la compétence du législateur, le renvoi de cette question aux partenaires sociaux peut être admis, alors qu'il s'agit de permettre au législateur d'adopter des règles nouvelles, au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'évaluation.

Le législateur délègue ainsi aux partenaires sociaux l'exercice de certaines de ses compétences. Les accords collectifs ne sont plus seulement un substitut des règlements d'application des lois, mais peuvent également se substituer à la loi, à condition que ce soit à titre expérimental. Si le Conseil avait admis et encadré le recours à des lois expérimentales (décision 93-322 DC), il a semblé admettre plus largement le recours à de telles dispositions s'agissant des conditions de la négociation collective. Posté-

5. CONSEIL D'ÉTAT, *Avis rendu par la section sociale et la section des travaux publics réunies : séance du 30 mai 1989*, France, Conseil d'État, 1989.

6. Dans la décision n° 83-162 DC, précitée, note 2, le Conseil constitutionnel précise que la fixation de l'importance de la représentation des salariés met en cause des principes fondamentaux relevant de la compétence législative, en vertu de l'article 34 de la *Loi constitutionnelle française de 1958*.

rieurement à ces décisions, a été introduit dans la Constitution un article 37-1 qui permet que les lois et les règlements puissent contenir, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. Mais, selon le Conseil constitutionnel (décision 2004-503 DC), ces dispositions ne permettent que de déroger au principe d'égalité et non à d'autres exigences constitutionnelles[7].

2 La dérogation à la loi par les accords collectifs ou les limites du principe dit de faveur

Le rapport entre les conventions collectives et la loi est régi, en droit du travail, par le principe « de faveur ». Selon ce principe, en présence d'une disposition d'une convention collective concurrente d'une disposition légale ou réglementaire différente mais ayant le même objet ou la même cause, l'on doit appliquer celle qui est le plus favorable au salarié. Ce principe émane de l'article L 132-4 du *Code du travail* selon lequel : « les conventions ou accords collectifs peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur[8] ». Cette règle a été étendue aux usages, aux accords atypiques et aux contrats individuels contenant des dispositions plus favorables.

L'article L 132-4 du *Code du travail*, après avoir affirmé la règle de l'application de la disposition la plus favorable poursuit : les conventions ou accords collectifs de travail « ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois ou règlements ». Ce texte reprend les dispositions de l'article 6 du *Code civil* selon lequel « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ».

Alors que le Conseil d'État reconnaît au principe de faveur la valeur d'un principe général du droit[9] et la Cour de cassation la valeur d'un principe fondamental[10], dans une première décision (*cf.* décision 96-383 DC), le Conseil rappelle, sans plus se prononcer au fond, que, en tout état de cause, le principe posé par le *Code du travail* ne vise que les rapports entre les lois et les règlements, d'une part, et les accords collectifs, d'autre part, ce qui lui permet de considérer que le conflit entre accords collectifs n'est pas régi par le principe posé par la loi de 1936. Ainsi, à supposer que la règle édictée par le *Code du travail* ait valeur constitutionnelle comme « principe

7. Sur cette question, voir B. MATHIEU, *La loi*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2004.
8. Voir sur ce point A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », (1999) *D. soc.*115-124.
9. CONSEIL D'ÉTAT, Ass. 8 juillet 1994, Recueil Lebon, p. 356.
10. COUR DE CASSATION, Ass. soc. 17 juillet 1996, ainsi que les décisions n° 67-46 L (12 juill. 1967) et n° 89-257 DC (25 juill. 1989).

fondamental reconnu par les lois de la République[11] », elle devrait être ainsi circonscrite.

Il faut attendre la décision 2002-465 DC pour que le Conseil tranche la question en affirmant que le principe selon lequel la loi ne pourrait permettre aux accord collectifs de travail de déroger aux lois et au règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés « ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 [...] que dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ».

La logique qui sous-tend cette affirmation tient au fait que le principe législatif de faveur n'a qu'une portée subsidiaire et interprétative. En effet, tel qu'il est inscrit dans le *Code du travail*, il signifie que les partenaires sociaux sont de manière générale, et sous réserve des dispositions d'ordre public, habilités à édicter par voie d'accords collectifs des dispositions plus favorables que celles prévues par les lois et les règlements. Ainsi, ce principe ne joue que dans le silence de la loi et constitue une technique d'interprétation du droit qui conduit à faire prévaloir telle norme sur telle autre en fonction d'un critère substantiel. En revanche, ce principe ne s'adresse pas au législateur.

C'est ainsi une certaine forme de liberté contractuelle qui est favorisée. Elle tend à étendre le champ laissé à l'initiative des partenaires privés tout en laissant au législateur la faculté de borner ce champ comme il l'entend. Cet équilibre respecte tant la compétence du législateur fixée par l'article 34C que le principe de participation. Il s'inscrit, de manière plus générale, dans le sens d'une évolution qui tend à développer la technique de la contractualisation aussi bien dans les rapports entre particuliers qu'entre groupes sociaux et qu'entre personnes privées et personnes publiques.

Cette jurisprudence ne conduit cependant pas à écarter totalement le principe de faveur du champ constitutionnel.

D'abord, l'on pourrait considérer que ce principe, ainsi entendu restrictivement comme principe subsidiaire, impliquant que dans le silence de la loi les dispositions les plus favorables aux salariés s'appliquent, ait valeur constitutionnelle. Le Conseil n'écarte pas cette hypothèse. La portée constitutionnelle du principe de faveur conduirait seulement à interdire au législateur de remettre en cause l'existence des dispositions substantielles

11. Ces principes, auxquels se réfère le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, visent des principes contenus dans de grandes lois républicaines, antérieures à 1946, et qui sont dégagés par le juge.

de l'article L 132-4 du *Code du travail*, alors qu'il lui est parfaitement possible d'y déroger, du fait même qu'elles ne constituent que des dispositions subsidiaires.

Par ailleurs, dans la décision 2004-494 DC, le Conseil précise ceci :

> [Le] législateur peut [...] 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 ; 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.

Le Conseil rappelle également que, si le principe de faveur n'est pas un principe constitutionnel, il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée.

Ainsi, s'agissant du principe de faveur, tout en se plaçant clairement sur le terrain de la compétence du législateur, et en déniant toute valeur constitutionnelle à ce principe, le Conseil encadre strictement les dérogations qui peuvent lui être apportées. En ce sens, il est indiqué que le législateur doit en définir le contenu et la portée. Par ailleurs, s'agissant de la faculté ouverte à un accord collectif de niveau inférieur de déroger à un accord collectif de niveau supérieur, le Conseil en déclare la constitutionnalité après avoir relevé que plusieurs conditions sont remplies. Parmi celles-ci figurent : le respect de la volonté de la majorité des organisations syndicales ou des organisations syndicales majoritaires ; l'exclusion de telles dérogations en certaines matières (salaires minimaux). Le Conseil précise ainsi que, « compte tenu de l'ensemble de ces garanties, le législateur n'a pas méconnu sa compétence ». Certes comme le relève, dans son commentaire, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, J.-É. Schoettl[12], « la décision ne juge pas qu'elles étaient toutes nécessaires ». Il n'en reste pas moins, alors même que le Conseil se place sur le strict terrain de la compétence législative, que ces conditions sonnent comme autant de conditions de fond aux dérogations que le législateur peut apporter au principe de faveur. Ce faisant, le Conseil manifeste sa sensibilité au « droit vivant » en l'espèce, la jurisprudence et la doctrine travaillistes.

Concrètement, le Conseil se montre plus exigeant 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 »,

12. J.-É. SCHOETTL, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », (2004) 97 *Les Petites Affiches* 3.

c'est-à-dire à laquelle les conventions ou les accords collectifs ne peuvent en principe déroger en vertu de l'article 132-4 du *Code du travail*. Il doit alors définir « de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ». Concrètement, s'agissant de telles dispositions, le Conseil opère un contrôle précis sur la détermination de l'objet des dérogations et des conditions de leur mise en œuvre. Le raisonnement du Conseil, tel qu'explicité par J.-É. Schoettl, est le suivant : le législateur ne peut à la fois retenir une matière dans l'ordre public social tout en la déléguant aux partenaires sociaux, sauf à tomber « dans la contradiction, et par défaut de clarté et de cohérence *à rester* en deçà de sa compétence ». Cette analyse a le mérite de rester sur le strict plan de la compétence législative. En ce sens, le Conseil précise qu'il s'agit des dispositions auxquelles le législateur « a entendu conférer un caractère d'ordre public[13] ». Cette analyse ne se justifie que si le législateur précise expressément que les dispositions qu'il édicte ont un tel caractère. En fait, cette jurisprudence tente d'établir un difficile compromis entre des exigences constitutionnelles qui sont en l'espèce assez limitées et le droit « vivant » du travail qui accorde au principe de faveur une place essentielle.

Cette analyse a cependant le mérite d'établir une distinction claire et précise entre deux hypothèses. Si les dispositions législatives n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier les principes qui régissent les rapports entre, d'une part, les normes législatives ou réglementaires et les accords collectifs et, d'autre part, les rapports entre les accords collectifs et les contrats de travail, le législateur peut laisser une large marge de manœuvre aux partenaires sociaux dans l'aménagement des accords et conventions de différents niveaux, en permettant aux accords de niveaux inférieurs de déroger (sous certaines conditions, *cf. supra*) aux accords de niveaux supérieurs. En revanche, si le législateur permet à des accords collectifs de déroger à des dispositions législatives d'ordre public, il doit déterminer avec précision les conditions et la portée de ces dérogations.

Enfin, le fait même que les accords collectifs d'entreprise puissent déroger, dans un sens défavorable au salarié, à des dispositions législatives ou à des accords de branche démontre, s'il en est besoin, qu'il ne peut y avoir, en matière sociale, de cliquet anti-retour. C'est-à-dire que le législateur ne peut être contraint au « toujours plus » en la matière. Indépendamment de l'abandon de cette jurisprudence, de manière générale, elle est par nature inapplicable en matière sociale. En fait, il n'existe qu'un effet de seuil ou un effet plancher, au-dessous duquel le législateur ne peut

13. Sur les incertitudes qui affectent la notion d'ordre public social, voir B. MATHIEU, *op. cit.*, note 1, p. 121.

descendre sans priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives à la protection sociale des salariés.

3 La remise en cause des accords collectifs par la loi ou les exigences tenant au respect du principe de la liberté contractuelle

La liberté contractuelle connaît une assez remarquable promotion dans la jurisprudence constitutionnelle, qui avait d'abord dénié valeur constitutionnelle à cette exigence, avant de lui donner plein effet[14]. La liberté contractuelle présente deux aspects : la liberté de contracter et la protection des conventions en cours. Ce dernier principe dérive d'une exigence constitutionnelle, la sécurité juridique. Le principe de sécurité juridique est devenu depuis quelques années l'un des axes majeurs de la jurisprudence constitutionnelle[15]. *Janus bifrons*, le principe de sécurité juridique suppose à la fois la qualité de la loi et sa prévisibilité. De ce dernier point de vue, la rétroactivité de la loi ne peut être admise que si elle est justifiée par le respect d'une autre exigence constitutionnelle ou d'un intérêt général suffisant. Ce principe de non-rétroactivité de la loi implique notamment que les cocontractants ne puissent voir la situation résultant des conventions qu'ils ont légalement conclues remise en cause de manière arbitraire, fût-ce par le législateur. En matière de droit de travail, le respect des conventions ou accords collectifs de travail trouve probablement un ancrage spécifique dans le principe de participation.

Le fait de conférer à un acte contractuel une portée qu'il n'a pas lors de sa conclusion affecte un contrat en cours et peut donc être considéré comme attentatoire au principe de liberté contractuelle. C'est en ce sens que se prononce le Conseil (décision 2002-465 DC), s'agissant d'une disposition législative qui visait à simplifier le dispositif relatif au contingent d'heures supplémentaires en faisant produire des effets non prévus à l'origine aux conventions collectives conclues sur ce sujet. Ainsi, la fixation de ce niveau de contingent d'heures supplémentaires par voie de négociation collective constitue le seuil qui impose de saisir l'inspecteur du travail afin de pouvoir continuer à faire effectuer des heures supplémentaires et détermine les droits des salariés à un repos compensateur. Or selon la législation antérieure, le contingent conventionnel d'heures supplémentaires ne valait que pour la saisine de l'inspecteur du travail et non pour la

14. Sur cette question, voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « L'incidence des saisines sur la jurisprudence », dans ACTES DU COLLOQUE DU 22/10/2004 EN HOMMAGE À LOUIS FAVOREU, *30 ans de saisine parlementaire au Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 2006.
15. Voir A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 2005.

détermination des droits à repos compensateur obligatoire. Il s'agit en fait de dispositions visant à aménager une transition entre le droit antérieur et le système aménagé par la loi nouvelle. En l'absence de ces dispositions transitoires, de nouveaux accords collectifs auraient dû être renégociés pour se conformer à la législation nouvelle. L'intervention du législateur consiste donc à étendre la portée de conventions antérieures à la loi nouvelle conformément aux dispositions de cette loi nouvelle.

Selon une formulation de portée générale, le Conseil considère que le législateur ne saurait porter atteinte aux contrats légalement conclus qui ne soit pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Cette règle repose tant sur les exigences de l'article 4 (principe de liberté) que sur celles de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (principe de sécurité juridique).

Cette référence tenant à la satisfaction de l'intérêt général ne vise pas seulement à déterminer son importance, elle tend également à fonder une exigence de proportionnalité entre le principe mis en cause et l'intérêt général poursuivi. En l'espèce, le Conseil estime qu'« à partir du moment où la disposition critiquée améliore la situation des salariés concernés au regard du droit au repos reconnu par le onzième alinéa du Préambule de 1946, elle ne porte pas une atteinte inconstitutionnelle à l'économie des contrats légalement conclus ».

Cette analyse appelle plusieurs remarques. D'une part, l'intérêt général ici évoqué est celui tenant à la réalisation de ce qui peut être considéré comme un objectif constitutionnel, à savoir le droit au repos. D'autre part, cette atteinte portée à la liberté contractuelle est défavorable aux employeurs, à l'égard desquels aurait pu être également invoqué le principe de la liberté d'entreprendre. Cependant, le Conseil accepte la hiérarchisation opérée par le législateur entre les intérêts des employeurs et ceux des salariés pour caractériser l'intérêt général suffisant poursuivi.

4 Le rôle des partenaires sociaux dans la préparation de la loi ou la démocratie sociale concurrence la démocratie représentative

René Capitant a défini la démocratie sociale comme l'application des principes démocratiques au contrat, alors que la démocratie politique consiste en l'application de ces mêmes principes à la loi[16]. Alors que la démocratie politique s'exprime dans l'association d'un système représentatif et majoritaire, qui peut être considéré comme la modalité d'expression de la volonté générale et donc de détermination de l'intérêt général, selon R. Capitant, la démocratie sociale tient au fait que le contrat est l'expression

16. R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, Paris, Éditions du CNRS, 1982, p. 172.

de l'autonomie individuelle. De ce point de vue, en matière de droit du travail, le contrat présente plusieurs spécificités. D'une part, il est individuel (contrat de travail) ou collectif (accords ou conventions). D'autre part, le contrat de travail est présupposé mettre en rapport deux personnes placées dans une situation d'inégalité, et l'existence de conventions collectives peut être considérée comme visant notamment à corriger ces déséquilibres. Enfin, les conventions collectives se situent à mi-chemin entre la loi et le contrat. À la loi, elles empruntent un caractère de relative généralité qui ne vise cependant pas à définir l'intérêt général, mais des intérêts spécifiques d'une activité donnée. Au contrat, elles empruntent le fait qu'elles résultent d'un accord de volonté, mais d'un accord qui ne satisfait pas des intérêts purement individuels, mais des intérêts collectifs.

L'idée selon laquelle les partenaires sociaux et le législateur ne constitueraient pas deux autorités normatives, complémentaires, mais distinctes, conduit à modifier les rapports entre la démocratie sociale et la démocratie politique telles qu'ici comprises. En effet, l'idée qui tend à se développer selon laquelle les partenaires sociaux joueraient un rôle dans la préparation de la loi tend à affaiblir la distinction entre l'intérêt général dont la loi est porteuse et les intérêts, collectifs mais particuliers, qu'expriment les accords collectifs de travail. La notion d'intérêt général peut en sortir affaiblie, mais, d'un autre point de vue, l'adéquation de la loi aux réalités et son acceptabilité ne peuvent que sortir renforcées d'une telle évolution. En fait, tout dépend de l'équilibre instauré entre ces deux autorités normatives.

Si l'intervention des partenaires sociaux dans la préparation de la loi a été, jusqu'à présent, considérée avec prudence, un projet de loi est susceptible de renouveler les règles qui président à l'articulation entre l'intervention des partenaires sociaux et du Parlement dans la fabrication de la loi applicable aux relations de travail.

Traditionnellement, il est de principe que la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail n'a pas à être précédée d'une négociation entre partenaires sociaux (*cf.* décision 98-401 DC). Cependant, si l'interdépendance de la loi et des accords collectifs se manifeste par une subordination de celle-là à ceux-ci, elle peut également se manifester par une inscription dans la loi de règles fixées par les partenaires sociaux[17]. Le législateur, amené à édicter un texte, ne se trouve pas lié par un accord

17. Le système portugais illustre parfaitement cette situation: tout accord de concertation sociale (associant le gouvernement, les confédérations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs) exige d'être traduit en une disposition légale; d'autre part, toute loi portant sur le droit du travail doit être soumise à l'examen, pour avis, des

collectif antérieur ayant le même objet. Néanmoins, l'obligation de consultation d'un organe représentatif, préalablement au dépôt d'un projet de loi devant le Parlement, a été admise par le Conseil constitutionnel (décision 77-83 DC). Il n'en reste pas moins que le principe constitutionnel de participation ne s'applique pas à l'élaboration d'une loi et le législateur peut parfaitement édicter des dispositions allant à l'encontre d'une convention collective. Pourrait être interprétée en ce sens une décision du Conseil constitutionnel (*cf.* décision 77-92 DC) qui affirme que le législateur peut permettre au gouvernement d'étendre le champ d'application d'une convention collective malgré l'opposition d'une minorité d'organisations syndicales. À propos d'une loi reprenant la substance d'un accord interprofessionnel auquel elle se réfère et prévoyant que les accords qui seront élaborés sur le fondement de cette dernière nécessiteront pour leur entrée en vigueur l'intervention de dispositions législatives votées après consultation des organisations professionnelles et syndicales représentatives, le Conseil prend soin de préciser que le législateur n'est en aucune manière tenu de donner un effet légal aux stipulations qui résulteront des accords collectifs.

À partir, notamment, des mouvements sociaux qui ont affecté la France au printemps 2006, une réflexion a été engagée sur une plus grande intervention des partenaires sociaux dans la préparation de la loi. Par une sorte d'inversion du système traditionnel, les accords collectifs ne représenteraient plus seulement une modalité d'application de la loi, mais contribueraient à son élaboration, l'amont s'ajoutant ainsi à l'aval. Les éléments essentiels de cette réforme ont été présentés par le président de la République devant le Conseil économique et social le 10 octobre 2006[18]. Ces propositions se sont concrétisées dans un projet de loi gouvernemental dont les limites ne doivent cependant pas conduire à en minorer la portée. Elles s'inscrivent d'ailleurs plus généralement dans le cadre d'analyses qui visent à développer l'évaluation *ex ante* de la loi, notamment par l'introduction de procédures, dont le non-respect est sanctionné, visant à associer de manière précoce aux projets de loi une « étude d'impact[19] ».

L'intervention des partenaires sociaux s'inscrit d'abord dans le cadre d'une rencontre annuelle entre les partenaires sociaux et le gouvernement.

---

associations syndicales et des comités d'entreprise, sauf à être jugée inconstitutionnelle. (Voir J. MIRANDA, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle portugaise*, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1991, p. 696, Paris, Économica, 1993.)

18. Le texte de ce discours est disponible sur le site Internet du Conseil économique et social : www.ce.fr.

19. Voir J. DE CLAUSADE, « Activité de la Section du rapport et des études », dans CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 229 et suiv.

Les premiers « présentent l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'[ils] entendent mener ou lancer dans l'année à venir ». Le second présente les orientations de sa politique sociale ainsi que « le calendrier envisagé pour leur mise en œuvre ». Plus concrètement, et cette disposition constitue le cœur de la réforme envisagée, il ne sera plus possible de modifier le *Code du travail* sans que les partenaires sociaux aient été mis en mesure de négocier sur le contenu de la réforme engagée. Ainsi, aucun projet de loi ne sera présenté au Parlement sans que les partenaires sociaux soient consultés sur son contenu.

Cette dernière règle n'implique pas que le Parlement soit lié par le résultat de la négociation engagée. Comme le souligne le chef de l'État : « Bien sûr, le dernier mot restera à la représentation nationale. » Par ailleurs, l'inertie des partenaires sociaux ne bridera pas l'action gouvernementale et le débat législatif. En effet, la nouvelle obligation qui pèse sur le gouvernement ne porte que sur la proposition adressée aux partenaires sociaux d'engager une négociation sur le sujet pour lequel une réforme est envisagée. En outre, le projet de texte prévoit une dérogation à cette exigence en cas d'« urgence avérée ». Cette exception assez large pourra cependant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de droit commun. De ce point de vue, l'effectivité de la réforme dépendra de l'usage que le gouvernement fera de cette faculté, et de l'étendue du contrôle juridictionnel exercé, dont on peut supposer qu'il se bornera à celui, restreint, de l'erreur manifeste d'appréciation. Il est prévu que ce texte puisse être soumis au Parlement avant la fin de la législature, c'est-à-dire dans les premiers mois de 2007[20].

Il convient cependant de remarquer, sans que ce point de vue soit considéré comme négatif au regard de la réforme engagée, que, quels que soient les mécanismes juridiques retenus, cette procédure affectera profondément le mode de formation de la loi. En effet, les partenaires sociaux exerceront, de fait, une forte pression sur le législateur qui pourra difficilement s'opposer à la volonté qu'ils expriment.

Conclusion

Cette évolution, qui consiste à substituer les partenaires sociaux au législateur dans la mise en œuvre de la loi, à donner aux partenaires sociaux une plus grande liberté au regard des exigences posées par la loi, à imposer

20. Pour s'imposer au législateur, cette loi devrait être organique, mais le fondement constitutionnel à l'intervention d'une telle loi est pour le moins incertain (voir R. FRAISSE, « Six ans de lois organiques devant le Conseil constitutionnel (2001-2006) ; Bilan et perspectives », (2006) 238 *Les Petites Affiches* 8 et suiv.

au législateur un plus grand respect des accords collectifs de travail et à l'intervention des partenaires sociaux dans le processus même de fabrication de la loi, manifeste à la fois la crise de la loi et la spécificité du droit du travail. Du premier de ces points de vue, la légitimité démocratique politique ne s'impose plus d'elle-même, comme le démontrent les manifestations en France du printemps 2006 qui ont conduit le législateur à abroger de fait une loi qu'il venait de voter et qui avait pour objet d'introduire plus de souplesse dans les contrats de travail et, notamment, dans les conditions relatives à leur rupture. Cette évolution ne se borne cependant pas au droit du travail. Ainsi, le législateur semble conscient de sa propre faiblesse, grossissant la catégorie des autorités administratives indépendantes ou faisant appel pour les questions controversées à des comités d'experts ou de sages ; ainsi, en matière de bioéthique, les comités d'éthique sont, de fait, conduits à préparer, en marge du droit, des évolutions susceptibles de s'inscrire par la suite dans la loi. Du second de ces points de vue, la société française souffre incontestablement de blocages résultant d'un manque de dialogue. Les causes en sont multiples et leur analyse dépasse largement le cadre de cette étude. On peut seulement relever la tradition étatique française qui voit dans l'État et le législateur les régulateurs quasi exclusifs de la vie sociale, mais aussi la faible représentativité et l'excessive politisation de la plupart des syndicats de salariés. Or, comme en matière politique, une réelle mise en œuvre du principe de participation passe par une remise à plat de la question de la représentativité des interlocuteurs et tout particulièrement des syndicats. Mais la force d'inertie qui protège les situations acquises risque de rendre, là comme ailleurs, le mouvement difficile. C'est pourtant à cette condition qu'une répartition adéquate entre ce qui relève de la loi et ce qui relève des conventions collectives pourra être opérée.