

## SEANCE DU 10 JUIN 1998

Monsieur le Président ouvre la séance à 10 heures, tous les membres étant présents.

Madame LENOIR présente son rapport.

Le texte qui nous est déféré renvoie à l'histoire sociale de notre pays.

Il est symboliquement intéressant de rappeler que la première loi du travail en France a précisément porté sur la durée du travail. Il s'agissait de la loi du 22 mars 1841 sur le travail des femmes et des enfants, intervenue à la suite du fameux rapport Villermé. Toutefois, l'optique était fort différente de celle de la loi soumise aujourd'hui à notre examen. Cette dernière en effet répond avant tout à un objectif socio-économique : la limitation du taux de chômage. On y retrouve certes certains accents de l'époque du Front populaire, dont le slogan était « Travailler moins pour travailler tous ». Le partage du travail était en effet alors l'un des buts de la réduction du temps de travail. Mais l'objectif essentiel était toutefois social et visait à répondre aux revendications des travailleurs de voir améliorer leurs conditions de travail.

Cela étant rappelé, je voudrais faire deux observations liminaires :

\* l'une a trait à l'originalité de la loi déférée, dans sa forme et dans ses effets juridiques ;

\* l'autre concerne la spécificité du dispositif français en matière de temps de travail et la façon dont il s'insère dans le contexte européen, plus particulièrement dans celui de l'Union Européenne.

### **1. Une nouvelle « race » de lois, les lois « d'orientation et d'incitation ».**

On connaît bien la catégories des lois d'orientation depuis la fameuse loi d'orientation de l'enseignement supérieur de 1968.

Ici, s'y ajoute la notion **d'incitation**. Le mécanisme de la loi déferée, sur lequel j'aurai l'occasion de revenir, est nouveau, tout en s'inscrivant dans la continuité de la loi « Robien » du 11 juin 1996. On y retrouve le même jeu du donnant-donnant. Ce que l'entreprise prend en charge au titre des rémunérations des salariés qu'elle embauche (système offensif) ou qu'elle ne licencie pas (système défensif), elle le récupère en partie au moins en allègement de charges sociales. Ce que la loi apporte de nouveau, c'est que l'incitation à la réduction du temps de travail est assortie à terme d'une obligation. En effet, que l'entreprise profite ou non des aides à la réduction volontaire de la réduction du travail, en 2000 ou en 2002, selon le cas, elle sera de toutes les façons tenue de se conformer à la nouvelle durée légale.

Le mécanisme de la loi est ainsi prévu en deux temps :

- d'une part, la loi fixe une **règle impérative**, selon laquelle la durée de travail effectif passe de 39 à 35 heures, à partir de 2000 pour les entreprises de plus de 20 salariés et de 2002 pour les autres ;

- d'autre part, elle prévoit des **incitations financières** particulièrement attractives pour qu'un maximum d'entreprises anticipent l'application du principe. Ces incitations financières sont subordonnées à la conclusion d'accords collectifs entre partenaires sociaux. De sorte que la réduction conventionnelle du temps de travail, précédant l'instauration de la nouvelle durée légale, est donc fortement encouragée.

Le mécanisme de la loi oscille entre obligation et incitation. Il mêle le droit positif et le droit conventionnel. Il vient ainsi diversifier les sources du droit du travail qui sont déjà très riches. (voir « Les Sources du droit du travail », aux Puf, sous la direction de Bernard Teysié).

Le Conseil constitutionnel admet de longue date cette spécificité du droit du travail. Il admet en particulier qu'en dehors de la loi et du règlement, le droit du travail puisse être issu des normes résultant de la négociation collective. Les conventions collectives, selon cette jurisprudence, prennent ainsi place au sein de la hiérarchie des normes.

Deux décisions du Conseil constitutionnel, parmi d'autres, sont à cet égard illustratives :

- \* Dans la *DC 82-145 du 10 novembre 1982*, le Conseil constitutionnel admet que la loi puisse ériger en infraction pénale, la violation des clauses des conventions et accords collectifs ;

\* Dans la *DC 89-257 du 25 juillet 1989*, le Conseil constitutionnel valide une loi renvoyant directement à la négociation collective le soin de pourvoir à son application.

Ici, la présente loi renvoie d'abord à des décrets pour déterminer les modalités de mise en oeuvre de l'aide venant inciter à la réduction du temps de travail. L'aide elle-même est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif, soit de branche, soit d'entreprise. Et, après vérification de la conformité de l'accord aux dispositions légales par décisions des services du travail, l'aide est finalement consentie aux termes d'une convention entre l'Etat et chaque entreprise bénéficiaire.

## **2. L'évolution de la durée du travail en France dans le contexte européen.**

Les rapports parlementaires sur le projet qui a donné lieu à la présente loi décrivent de manière très précise l'évolution de la durée du travail en France et en Europe, et ce qui fait la spécificité de notre pays par rapport à nos voisins européens.

Quelques points de repères européens sont de ce point de vue utiles à notre réflexion :

- tous les pays européens ont connu des évolutions comparables qui se sont traduites par une **diversification croissante des durées et des modes de travail** (temps libre, temps choisi, temps partiel...) ;

- cette évolution s'appuie d'abord sur des considérations purement sociales et a été suscité par les revendications des salariés en vue de l'amélioration de leurs conditions de travail (Suède, par exemple). Mais la réduction du temps de travail est de plus en plus conçue en accompagnement d'une politique de lutte contre le chômage, notamment des jeunes. Le souci de **sauvegarder l'emploi** est devenu **l'un des buts de la réduction de la durée du travail**. La plupart du temps, les mesures ont consisté à développer le travail à temps partiel (Grande-Bretagne, Pays-Bas et Suède). En Allemagne, on constate aussi que la réduction du temps de travail porte sur le travail à temps plein comme en France et est aussi encouragée dans un but de lutte contre le chômage. Dans ces cas, il convient de souligner que la limitation de la durée du travail est en général accompagnée d'une modération salariale.

**En quoi réside donc la spécificité de notre pays ? Elle réside à mon sens dans l'importance du rôle joué par la réglementation. Nous sommes en effet les seuls, avec la Belgique, à connaître une durée légale de travail effectif, assortie d'une réglementation sur les heures supplémentaires.**

Aussi importe-t-il pour bien comprendre le système français de clarifier certaines notions relatives à la durée du travail ? Car bien des confusions sont apparues dans les propos tenus par les uns et les autres au cours des débats parlementaires.

- Il existe deux durées légales du travail :

1. La **durée de travail maximale**, qui est en principe de 48 heures par semaine, et de 10 heures par jour.

2. La **durée de travail effectif** qui est, depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982, de 39 heures, au delà desquelles le salarié doit être employé au titre des heures supplémentaires (payées moyennant une majoration de 25 % pour les premières heures et 50 % pour les suivantes). La modification de cette durée du travail n'a du reste pas seulement des incidences sur le déclenchement des heures supplémentaires. Elle en a aussi sur le déclenchement du repos compensateur. Celui-ci est de 100 %, lorsque le salarié est conduit à dépasser le contingent annuel légal fixé à 130 heures en 1982, ce qui fait passer l'heure supplémentaire en question à 225 % du coût de l'heure normale. La définition de la durée du travail effectif sert enfin de référence pour le temps partiel.

- Dans ce cadre législatif, les partenaires sociaux ont la liberté de définir ce qui constitue l'horaire collectif.

De nouveau, des distinctions s'imposent :

1. **L'horaire collectif affiché** est journalier et prend en compte l'heure de début et de fin de travail. Il est fixé et modifié par l'employeur, après consultation des institutions représentatives du personnel. Il peut y avoir différents horaires collectifs affichés pour les différentes catégories de personnel (administratifs et de production).

2. La **durée collective du travail**, qui ne concerne que les salariés à temps complet, est celle censée être effectuée par un salarié soumis à l'un de ces horaires collectifs affichés, déduction faite du temps d'habillage et des pauses non prises en compte.

3. Pour les salariés à temps partiel, la **durée du travail** est **individuelle** et fixée expressément par le contrat de travail.

Les modes de calcul de la durée effective du travail sont variés :

1. La durée est en principe **hebdomadaire**.

2. Elle peut aussi être **annualisée**. Par exemple, en vertu de la loi quinquennale du 20 décembre 1993, l'employeur peut annualiser la durée du travail en la faisant par conséquent varier, avec comme seule limite les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires. En contrepartie, l'employeur doit accorder une réduction de la durée du travail.

La durée du travail peut également être **forfaitisée**, ce qui est en général le cas pour les cadres.

A noter que la loi, qui concerne exclusivement la durée légale de travail effectif; précise à **l'article 5 ce qu'il faut entendre par travail effectif** comptant dans le calcul de sa durée. C'est « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupation personnelles ». De grandes controverses se sont fait jour au cours des débats parlementaires sur cette définition qui conjugue les critères du droit communautaire<sup>1</sup> et les apports les plus récents, favorables aux droits des salariés, de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La présente loi, si elle n'en est pas la transposition (celle-ci est prévue pour 1999, notamment en ce qui concerne le calcul du temps partiel), entend se conformer à la directive n° 93/104/CE du Conseil de l'Union Européenne « concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ». Or l'article 6 de ce texte invite les Etats à prendre « les mesures nécessaires, pour que...la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux » et ce, dans la limite maximale de 48 heures par semaine, y compris les heures supplémentaires. Mais cette directive n'est pas invoquée par les requérants.

Monsieur le Président : Après cette présentation générale, j'ouvre les débats pour permettre des observations préalables avant d'examiner la saisine.

---

<sup>1</sup> La directive de 1993 visée plus haut entend par temps de travail « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales ».

Monsieur MAZEAUD : Une remarque d'ordre général sur le texte ; je suis très attaché à la distinction entre les articles 34 et 37 de la Constitution ; or, si tout ce qui touche aux négociations collectives et l'article 1er de la loi sont bien législatifs au sens de l'article 34, tout le reste me semble être de la compétence du règlement.

Je m'interroge sur le point suivant : le Gouvernement laisse le législateur s'arroger le pouvoir réglementaire alors que la distinction entre les articles 34 et 37 est une distinction fondamentale de la Constitution. Il faut se conformer à l'article 34. Je ne dis pas qu'il faut aller jusqu'à appliquer la jurisprudence que le Conseil constitutionnel a dégagée s'agissant de l'incompétence négative du législateur, mais cette fois-ci, pour défendre le règlement ; je pense qu'il faudrait néanmoins faire évoluer notre jurisprudence, en rappelant qu'il appartient au Gouvernement de défendre le domaine de l'article 34, si le législateur vient à empiéter sur celui-ci.

Monsieur LANCELOT : J'interviens pour dire les difficultés que j'ai pour me prononcer en contrôle de constitutionnalité sur cette loi. En effet, une idéologie dominante inspire les relations du travail en France. Ces relations sont encadrées et organisées par la loi et l'administration d'une façon qui ne laisse aucune place à l'innovation. Cette exception française, qui s'accompagne d'un secteur public important, a sûrement vécu ses meilleures années.

Le poids du retard économique de la France n'incombe certes pas totalement à cette exception française, pourtant elle n'est pas sans incidence sur notre situation économique.

Partout les économies de liberté l'emporteront sur les économies administrées, à mon avis.

Mais à lire les décisions du Conseil constitutionnel rien n'évolue, et quelle évolution reste possible d'un point de vue juridique si l'on ne sort pas du Préambule de la Constitution de 1946 ? Compte tenu de l'idéologie dominante, je ne vois pas comment, d'un point de vue constitutionnel, marquer mes interrogations.

On voit bien, en lisant le dispositif proposé, que tout notre droit, notre jurisprudence vont dans le sens du projet et qu'il est extrêmement difficile d'aller à l'encontre de toute notre jurisprudence, alors même que le texte de cette loi est contraire à la philosophie politique sur laquelle repose toute notre société. Je ne peux pas admettre qu'en face de la liberté de 1789 on avance encore et toujours le Préambule de 1946.

Monsieur le Président : L'état de notre droit du travail est aussi le produit de l'histoire.

Monsieur ABADIE : Je ne me satisfais pas moi non plus de notre jurisprudence de 1982 sur le partage loi/règlement ; sur le plan de la sécurité juridique, du gonflement du corpus législatif, ce n'est pas bon de voir ce débordement du règlement. Comment peut-on faire pour éviter cela ? Je pense que l'on pourrait dire que tel article est manifestement réglementaire, sans que l'on en tire la conséquence qu'il est contraire à la Constitution.

Rien n'empêcherait ensuite le Gouvernement de modifier le texte intervenu, sans nécessité de nous demander un déclassement.

Monsieur COLLIARD : Je ne suis pas sûr que ce déclassement a priori soit juridiquement concevable.

Je voudrais revenir sur ce qu'a dit Alain LANCELOT. Je suis en désaccord avec sa thèse -c'est un grand débat, c'est en réalité le débat depuis deux siècles- et, pour ma part, je suis favorable aux effets qu'ont eu les interventions du législateur en matière de principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale. Elles ont permis la protection des salariés.

Le problème idéologique que reflète le débat entre les libéraux et les autres, savoir si c'est une bonne loi ou non, n'est pas le nôtre, qui n'est que celui de la constitutionnalité.

Je crois qu'il faut respecter la séparation des articles 34 et 37, mais aussi au sein de l'article 34, respecter la frontière entre les principes fondamentaux du droit du travail et les modalités d'application qui, elles, relèvent du règlement.

Madame VEIL : Ce qu'a dit Alain LANCELOT touche en réalité aux conséquences de la distinction entre les articles 34 et 37, et aux conséquences de l'incompétence négative, c'est-à-dire les incertitudes que laisse le législateur dans cette loi.

C'est donc le même sujet qui nous préoccupe tous. Je crois qu'il faut arriver à faire évoluer la jurisprudence sur les articles 34 et 37.

Cette loi est un texte qui n'est pas bon du fait des aléas qu'il crée, du jeu respectif de la rigidité de la loi et du flou du renvoi au décret. Je me demande si

l'on ne devrait pas rester sur l'idée de M. MAZEAUD, afin de souligner qu'il faut veiller à ne pas légiférer dans tous les domaines.

Monsieur GUÉNA : Il faut se rappeler que la Constitution de 1958 a été agencée de sorte que l'exécutif ait la primauté parmi les pouvoirs ; il faut sauvegarder la distinction entre les articles 34 et 37 mais je constate que le responsable même de la confusion est ici l'exécutif lui-même. Or, depuis des années, les ministres ne soulèvent plus jamais l'incompétence de la loi. Il faudrait peut-être rappeler ce pouvoir, voire cette obligation pour l'exécutif. Par ailleurs, le contentieux que va entraîner cette loi est détestable.

Le Conseil sera dans son rôle si, par un infléchissement de sa jurisprudence, il commençait à rappeler la force du partage loi/règlement.

Madame LENOIR : Je suis assise et heureusement car je suis un peu étonnée par toutes les interventions qui ont été faites et qui devraient nous conduire à revenir sur une jurisprudence constante depuis 1982.

Sur le partage loi/règlement, je ne suis pas sur la même longueur que les précédents intervenants. La répartition loi/règlement est unique au monde ; il n'existe aucun Parlement au monde qui se bride dans ses pouvoirs, et ceci est d'autant plus accentué que nous sommes en France dans le contrôle a priori de la constitutionnalité de la loi.

Sans suivre Alain LANCELOT dans l'intégralité de son développement, je pense comme lui que tout ce qui peut donner une connotation moins arbitraire, moins administrée à notre pays est bon. Je considère que cela va dans le sens d'une évolution culturelle importante de laisser le Parlement traiter des questions qu'il souhaite. Je considère, pour ma part, qu'il y a beaucoup trop de décrets, c'est le régime des bureaux qui l'emporte et cela n'est pas bon et n'est pas compris par les citoyens. Le Conseil n'est pas une commission de codification, et l'on ne va pas, à chaque fois que l'on a une loi, procéder à un toilettage pour dire ce qui est de la loi et ce qui est du domaine du règlement.

Enfin, l'équilibre entre la liberté et la réglementation des activités professionnelles est une question qui rejoint des considérations politiques. La loi déferée s'inscrit dans une logique habituelle dans notre droit du travail ; dans un contexte inégalitaire, on peut prévoir une réglementation plus poussée que dans d'autres, qui conduit à protéger plus particulièrement une catégorie en situation de faiblesse, dès lors que, par ailleurs, les droits des autres partenaires sociaux sont préservés.



Monsieur MAZEAUD : Je voudrais dire qu'aucune jurisprudence n'est à priori immuable : c'est justement parce que c'est le Parlement qui tombe, par le biais d'amendements, dans le domaine réglementaire qu'il faut maintenir la distinction entre les articles 34 et 37.

Monsieur AMELLER : Je pense comme Madame LENOIR que l'on ne peut pas limiter de façon excessive le droit du Parlement de débattre, de déposer des amendements, qui parfois vont empiéter sur le domaine réglementaire, parce que c'est pratiquement la seule possibilité d'intervention des parlementaires dans la procédure législative en raison des contraintes imposées par l'article 40 de la Constitution, en tout cas à l'Assemblée nationale.

*(Monsieur le Président demande à Madame LENOIR de poursuivre son rapport)*

Madame LENOIR : Le recours dont nous sommes saisis émane des députés. Ceux-ci invoquent des moyens de toute nature :

- \* des moyens de procédure, d'incompétence ou plutôt de « compétence insuffisante » du législateur, et de fond ;

- \* des moyens qui tendent à l'annulation de l'ensemble de la loi, ou à certaines de ses dispositions seulement.

Le recours a été suivi d'un mémoire en réplique aux observations du Gouvernement, qui n'invoque aucun nouveau moyen.

Notons que le Conseil Constitutionnel a eu à connaître de lois sur l'aménagement de travail, mais jamais sous l'angle de la réduction proprement dite de la durée du travail.

- \* Nous avons été saisis de la loi du 11 novembre 1996 qui prévoit des accords dérogatoires sur l'aménagement du temps de travail, mais la question posée concernait le statut et les garanties des « salariés mandatés » pour négocier en l'absence dans l'entreprise de délégués du personnel ou de délégués syndicaux. Nous avons admis cette dérogation au monopole syndical en matière de négociation collective, en raison du caractère « expérimental » de la loi. (*DC du 6 novembre 1996*).

- \* Nous avons aussi été invités à nous prononcer sur la loi quinquennale du 20 décembre 1993 dont l'objet était d'inciter les partenaires sociaux à négocier au niveau national et interprofessionnel pour favoriser les embauches

de jeunes ou de salariés âgés. Mais *dans notre DC 93-328 du 16 décembre 1993 rendue sur cette loi*, nous nous sommes exclusivement prononcés sur des questions de droit budgétaire ou intéressant la représentation syndicale du personnel, et non pas à proprement parler sur des questions relatives à l'aménagement du travail.

\* Quant à la loi Robien du 11 juin 1996 annulée par la présente loi, qui s'inspire malgré tout de la même logique, nous n'en avons pas été saisis. Aussi, les questions juridiques posées par la requête sont-elles pour la plupart d'entre elles nouvelles.

**Pour examiner les moyens de la requête, je distinguerai 6 rubriques, correspondant aux 6 questions soulevées par les députés.**

1. La loi a-t-elle été adoptée selon une **procédure** irrégulière ?
2. La loi méconnaît-elle l'exigence constitutionnelle de « clarté » et contiendrait-elle en particulier des dispositions entachées **d'incompétence négative** ?
3. Comporte-t-elle des **dispositions inopérantes** que nous pourrions considérer de ce fait comme inconstitutionnelles ?
4. La loi viole-t-elle les dispositions constitutionnelles et organiques sur les lois de **financement de la sécurité sociale**, en mettant en place des incitations financières à la réduction du temps de travail sous la forme d'abattements de cotisations patronales diminuant les recettes de la sécurité sociale ?
5. La loi porte-t-elle atteinte aux **droits et libertés des employeurs et des salariés**, selon l'expression que nous utilisons parfois et qui est reprise par les requérants. Méconnaît-elle en particulier la liberté d'entreprendre qui figure depuis notre jurisprudence de 1982 sur les nationalisations dans le bloc de constitutionnalité ?
6. Y-a-t-il enfin atteinte au **principe d'égalité** ?

Sur les normes de constitutionnalité, il m'a paru nécessaire de faire le point sur l'ensemble des normes applicables à la matière qui touche à de nombreux pans du droit du travail.

*(Madame LENOIR donne lecture du projet sur les normes de constitutionnalité applicables)*

Monsieur LANCELOT : La formulation du début du "considérant" me paraît extrêmement fâcheuse. Si le législateur décidait de supprimer la durée légale du temps de travail, il ne pourrait pas le faire au regard de cette rédaction.

Monsieur COLLIARD : Aller jusqu'à dire que la durée légale du travail ne regarde pas le législateur serait contraire à toute notre évolution historique, en matière de droit du travail. Ce serait une régression d'une ampleur jamais atteinte !

Monsieur GUÉNA : Ce "considérant" nous engage trop loin ; je suis prêt à maintenir la durée légale mais en indiquant qu'il est "loisible au législateur, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient...".

Madame LENOIR : Je suis favorable à cet amendement.

*(La proposition de Monsieur GUÉNA est adoptée)*

Monsieur COLLIARD : Je me demande s'il ne faudrait pas une formule plus nuancée sur les incidences sur le financement de la sécurité sociale et l'ensemble des dispositions constitutionnelles.

Monsieur ABADIE : En réalité, il n'y a des incidences que sur la structure du financement de la sécurité sociale.

Monsieur LANCELOT : Je propose "pouvant avoir des incidences".

Madame LENOIR : Il faut marquer que les lois de financement doivent être respectées.

## **1. L'irrégularité de la procédure d'adoption de la loi.**

### **1.1. L'énoncé du moyen.**

Les requérants reprochent à la loi de ne pas avoir été précédée d'une « concertation des partenaires sociaux ».

Pour soutenir cette argumentation, ils font découler de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 sur la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, l'obligation pour le législateur de faire précéder la

discussion parlementaire, voire le dépôt au Parlement d'un texte comme celui soumis à notre examen, d'une concertation entre employeurs et salariés.

### **2.1. La réponse au moyen.**

Le Gouvernement fait observer au passage qu'une telle concertation a eu lieu, lors de la Conférence nationale sur l'emploi d'octobre 1997.

Quoiqu'il en soit et quels que puissent être les précédents d'accords collectifs nationaux ensuite concrétisés par une loi<sup>2</sup>, ce moyen est infondé.

Rien dans le texte de la Constitution, non plus que dans aucune loi organique n'imposent au Gouvernement ou au Parlement de provoquer une concertation entre partenaires sociaux avant de modifier la législation du travail. Il en va différemment en droit communautaire, en vertu du « protocole social », mais nous ne sommes pas dans le cadre du droit communautaire.

### **Rejet.**

*(Madame LENOIR donne lecture du projet sur ce grief)*

---

<sup>2</sup> Les requérants font référence à l'Accord national interprofessionnel du 17 juillet 1981, ensuite officialisé par l'ordonnance du 16 juin 1982, qui ont remplacé la nécessité d'une autorisation administrative pour toute heure supplémentaire, par un système plus souple à l'intérieur d'un contingent annuel de 130 heures. On peut aussi citer l'ANI du 31 octobre 1995, ensuite légalisé par la loi du 11 novembre 1996 qui, avec l'institutionnalisation du « salarié mandaté » ouvre une brèche dans le monopole syndical de négociation et permet des accords dérogatoires sur l'aménagement du temps de travail. ( voir DC 96-383 du 6 novembre 1996).

Madame LENOIR :

**2. L'atteinte à l'exigence constitutionnelle de « clarté de la loi » et l'incompétence négative caractérisant certaines dispositions de la loi.**

**2.1. L'atteinte l'exigence constitutionnelle de « clarté de la loi ».**

2.1.1. Le moyen

Les requérants invoquent de façon globale le manque de clarté de la loi, dont ils font un principe constitutionnel en soi. Et à l'appui de leur démonstration, ils citent une décision du Conseil constitutionnel, qui, à mon sens, ne peut nullement être transposée en l'espèce. Ils rappellent que dans *la DC 87-226 du 2 juin 1987 sur la consultation des populations calédoniennes*, nous avons annulé certaines dispositions de la loi déferée devant être soumises à référendum, jugeant leur rédaction équivoque et de nature à faire naître dans l'esprit des populations concernées des idées erronées sur des éléments du statut de leur territoire. Mais il s'agissait en l'occurrence de préserver le droit de suffrage, dans une hypothèse qui n'a rien à voir avec la présente loi.

Plus sérieusement, les requérants critiquent la technique législative ici utilisée. Ils reprennent l'exposé des motifs et les débats parlementaires et en tirent la conclusion, en combinant les articles 1 et 13 de la loi, que la réforme est incertaine. Elle ne satisfait donc pas, font-ils valoir, aux exigences de l'article 34 qui veulent, selon une formule employée fréquemment par le Conseil constitutionnel, que la loi soit « suffisamment claire et précise ».

Ils font remarquer que le principe, établi à l'article 1, de la fixation à 35 heures de la durée du travail effectif, s'appliquera en effet dans des conditions encore inconnues, puisque renvoyées à une loi ultérieure. La preuve en est que l'article 13 de la loi prévoit une évaluation de la présente loi, et qu'il ressort des travaux préparatoires que c'est sur la base de ce bilan qu'une ou plusieurs lois complémentaires seront élaborées.

« Donner et retenir ne vaut », soulignent les requérants. Or la technique de la loi est de nature « à faire naître dans l'esprit de ses destinataires, l'idée erronée que ses éléments sont d'ores et déjà fixés ».

### 2.1.2. La réponse au moyen.

La critique est avant tout politique. Elle revient en effet à stigmatiser le caractère d'affichage politique de la réforme. Il est clair d'après les débats que l'article premier, lorsqu'il sera question de l'appliquer, c'est à dire avant 2000, sera assorti de mesures complémentaires destinées à en faciliter la mise en oeuvre. C'est au demeurant le sens de la disposition qui prévoit le dépôt d'un rapport faisant le bilan d'application de la réduction conventionnelle du temps de travail prévu à l'article 13.

Pour autant, cela ne rend pas la loi inconstitutionnelle.

**L'article premier**, quelles que soient les incertitudes pesant sur sa mise en oeuvre (quant aux modifications des contrats de travail qu'il induira nécessairement, en particulier), se suffit à lui-même.

**L'article 13**, quant à lui, ne mentionne aucunement le dépôt futur d'un projet de loi complémentaire. L'eut-il fait qu'il n'aurait pas été nécessairement inconstitutionnel, au regard de notre jurisprudence. En effet, dans la *DC 94-358 du 26 janvier 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, nous avons considéré qu'une disposition annonçant l'intervention d'une loi, dans le délai d'un an, ne liait pas le législateur et ne constituait donc pas une injonction, étant dépourvue d'effet juridique (*contra DC 89-269 du 22 janvier 1990 sur la sécurité sociale et la santé*).

Nous ne sommes pas ici dans une telle hypothèse. L'article incriminé se borne à annoncer le dépôt d'un rapport, sans autre précision. Il ne s'agit donc nullement d'une injonction faite au Gouvernement (*DC 82-142 du 27 juillet 1982 sur la planification*). Il suffit de constater que la disposition en cause ne lie pas le législateur.

### Rejet.

Monsieur MAZEAUD : La critique présentée dans la saisine est non seulement de caractère politique, comme l'a indiqué le rapporteur, mais aussi juridique, ne l'oublions pas. Or, il y a quelque chose de tout à fait nouveau ; si le législateur peut faire ce qu'il veut, ici, il y a une sorte de loi sous condition résolutoire. Elle ne s'appliquera que si un rapport est déposé, en fonction des orientations qu'il fixera. Il y a là une innovation, qui distingue ce texte de tout ce que l'on a pu voir jusqu'à présent en matière de loi d'expérimentation.

Monsieur le Président : Est-ce pour autant contraire à la Constitution ?

Monsieur COLLIARD : Je ne suis pas sûr que le texte aille aussi loin que l'indique Monsieur MAZEAUD. La mesure fixée à l'article 1er n'est pas mise en cause par l'article 13 et je suis en cela totalement d'accord avec le rapporteur.

*(Madame LENOIR donne lecture du projet)*

Madame LENOIR : Le principe de clarté de la loi n'a jamais été invoqué par nous, sauf dans un cas, la Nouvelle-Calédonie qui n'a rigoureusement aucun rapport avec le cas présent. En général, ce concept a toujours été associé à d'autres principes, par exemple de droit pénal.

Monsieur COLLIARD : Je propose un amendement de repli : enlever « constitutionnel » pour rester neutre.

Ne disons pas que ça n'existe pas. On garde les guillemets mais on enlève constitutionnel.

Monsieur LANCELOT : Ou alors, on laisse "constitutionnel" mais on avance les guillemets avant « exigence ».

*(Le projet est adopté)*

*(Madame LENOIR poursuit la lecture des pages 5 et 6 du projet)*

Monsieur COLLIARD : Je doute sur le premier considérant de la page 6.

La dernière phrase « cependant... » est étrange. Qu'est-ce que priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel" ?

Madame LENOIR : C'est la formule rituelle. Nul n'a droit au maintien d'une législation mais sous réserve qu'une garantie légale d'un droit constitutionnel ne soit pas supprimée.

Exemple : droits de la défense - présence des avocats. On ne peut plus la supprimer. C'est une garantie légale d'un principe constitutionnel.

*(Madame LENOIR poursuit la lecture du projet, pages 6 et 7)*

Monsieur MAZEAUD : « Un rapport qui précise des orientations » c'est quand même terriblement étrange. Mais c'est le texte, hélas !

Monsieur COLLIARD : « La loi qui ne lie pas le législateur » c'est quand même étrange.

Madame LENOIR : Une autre formule pourrait être : « dénuée d'effet juridique ».

Madame VEIL : Est-ce que : « N'a pas d'effet obligatoire » serait peut être moins fort ?

Monsieur LANCELOT : « Qui ne saurait, en tout état de cause, lier le législateur ». Il peut toujours changer la loi !

Monsieur le Président : C'est bien !

*(La formule de Alain LANCELOT est adoptée)*

*(Madame LENOIR reprend le rapport)*

## **2.2. L'incompétence négative de la loi.**

### **2.2.1. La portée théorique du moyen.**

Le moyen est plus sérieux. Il porte sur trois dispositions de la loi.

**Je rappelle que l'incompétence négative de la loi est un moyen propre au système français de répartition du domaine de la loi et du règlement.**

Depuis 1958, en effet, le législateur n'est plus en droit d'intervenir que pour fixer les principes et les règles en certains domaines limitativement énumérés à l'article 34 de la Constitution. Il n'a plus qu'une compétence d'attribution, la compétence de droit commun appartenant désormais au pouvoir réglementaire, en vertu de l'article 37. La question est donc de savoir si, pour répondre aux exigences du « débat démocratique » (expression tirée de notre décision sur la loi Falloux de 1994) ; la loi a correctement et complètement défini ce qu'il lui appartient de faire. A défaut, la loi est entachée d'incompétence négative, le Conseil constitutionnel estimant que l'insuffisante précision de la loi ne lui permet pas d'effectuer convenablement son contrôle du respect des principes fondamentaux, comme le principe d'égalité en particulier (voir par exemple la *DC 93-329 du 13 janvier 1994 sur la loi Falloux*. La loi annulée ne définissait pas avec suffisamment de précisions les conditions d'attribution des



subventions des collectivités locales en faveur des investissements relatifs aux écoles privées).

Dans certains domaines particuliers, le partage des compétences entre la loi et le règlement est apprécié selon des critères jurisprudentiels bien établis. Ainsi, en matière fiscale, le législateur doit épuiser sa compétence en fixant non seulement l'assiette de l'impôt, mais même son taux. En matière de cotisations de sécurité sociale, la compétence législative est moins étendue. Le législateur a seulement à déterminer les éléments de l'assiette des cotisations et à poser le principe d'exonérations et de leur limitation, le pouvoir réglementaire devant, sans en dénaturer la portée, fixer le montant et les taux des exonérations (*DC 97-388 du 20 mars 1997 sur les plans d'épargne retraite, et DC 97-393 du 18 décembre 1997 sur la sécurité sociale*).

### 2.2.2. La portée du moyen en ce qui concerne l'article 3 VI alinéa 3.

Cette disposition est issue d'un amendement de l'Assemblée nationale repris par le Gouvernement.

**De quoi s'agit-il ?** A l'origine, le projet de loi renvoyait de manière globale à un décret pour fixer tant le montant de l'aide aux entreprises que celui de ses majorations éventuelles.

La disposition critiquée est donc plus précise puisqu'elle indique que « des majorations spécifiques peuvent être accordées, dans des conditions fixées par décret, aux entreprises dont l'effectif est constitué d'une proportion importante d'ouvriers au sens des conventions collectives et de salariés dont les rémunérations sont proches du salaire minimum de croissance ».

D'après les déclarations de la ministre, le décret devait fixer le seuil d'effectifs à 50 % d'ouvriers et à 70 % de basses rémunérations au moins. Selon le texte du projet de décret communiqué au Conseil constitutionnel, les seuils seraient respectivement de 60 % d'ouvriers et de 70 % de salariés dont les gains et rémunérations mensuels sont inférieurs ou égaux à 169 fois le SMIC majoré de moitié.

**L'aide et ses majorations** sont de caractère forfaitaire. Leurs montants seront fortement dégressifs au fil des 5 ans durant lesquels elles sont prévues. Les barèmes suivants seraient arrêtés dans le cas où les accords collectifs ouvrant droit à l'aide sont conclus en 1998 :

\* Aide de droit commun pour les entreprises qui réduisent de 10 % l'horaire collectif, sans excéder le plafond des 35 Heures, avec 6 % d'embauches (système offensif) ou de maintien d'effectifs (système défensif). 9 000 F en 1998, décroissant de 1 000 F chaque année.

\* Aide majorée pour les entreprises qui réduisent leur horaire collectif de 15 % avec 9 % d'embauches ou de maintien d'emplois. 13 000 F la première année avec une diminution de 1 000 F par an pour la suite.

\* Majorations spécifiques pour les entreprises susvisées de 4 000 F la première année décroissant ensuite de 1 000 F chaque année.

Les aides sont sensiblement moins avantageuses lorsque les accords sont conclus après 1998.

Précisons de nouveau que l'aide prend la forme d'un abattement de cotisation patronale intéressant chaque salarié. Ce qui aura pour effet de diminuer d'autant les sommes versées à l'URSSAF par les entreprises bénéficiaires.

**La question posée ici est la suivante.** Revenait-il ou non à la loi de définir les catégories d'entreprises bénéficiaires des majorations spécifiques et dans l'affirmative, les critères fixés par la loi sont-ils suffisamment précis pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution ?

Après réflexion, je penche en faveur de la reconnaissance d'une incompétence négative du législateur aux termes du raisonnement suivant :

- D'abord, le régime de l'aide en question me paraît sans conteste relever du domaine de la loi. En effet, l'aide est étroitement liée à la négociation collective aux résultats de laquelle elle est subordonnée. Or la négociation collective met en cause directement les principes fondamentaux du droit du travail que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi. (jurisprudence constante, notamment *DC 93-328 précitée du 16 décembre 1993*).

- Partant, la fixation des catégories de bénéficiaires, non seulement de l'aide de base, mais également de ses majorations, me semblent également relever de la loi.

Les précédents sont anciens et ne nous éclairent pas totalement.

La DC 63-5 FNR du 11 juin 1993 indique que « la création d'une prime de transport applicable à une nouvelle catégorie d'intéressés relève du domaine de la loi parce qu'il s'agit d'une limitation du principe de la liberté des contrats de travail, alors que la fixation du taux et du montant des rémunérations ou des accessoires de salaires qu'elle restitue, de même que les conditions d'attribution et les modalités de versement, relèvent du pouvoir réglementaire ». Sauf à considérer que quasiment l'ensemble de l'article 3 de la loi pourrait ressortir au seul pouvoir réglementaire, on ne voit pas comment transposer cette jurisprudence en l'espèce.

De même, ne me paraît pas probante la référence à notre DC 79-106 L du 22 février 1979 sur les allocations spéciales aux vieux travailleurs. Cette décision range dans le domaine de la loi la création de l'allocation et la nature des conditions exigées pour son attribution, en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge des bénéficiaires.

Or cette jurisprudence est ancienne. De plus, les circonstances de la présente loi sont très différentes de celles de la loi examinée en 1979. L'aide aux entreprises est ici subordonnée à des procédures de négociation collective, lourdes et aléatoires. De sorte qu'il paraît normal que le législateur définisse lui-même les catégories d'entreprises qu'il entend inciter à s'engager dans ces procédures. J'ajoute que le Conseil constitutionnel se montre exigeant quant à la définition par la loi des seuils d'effectifs conditionnant l'application de la législation du travail. Voir DC précitée du 6 novembre 1996 qui considère que ce type de seuil permettant aux partenaires sociaux de recourir à des formules dérogatoires en matière d'accords collectifs de travail doit en principe être fixé par la loi elle-même.

Pour ces motifs, et en considération en outre du caractère d'abattement de cotisation de sécurité sociale de l'aide, **annulation.**

*(Madame LENOIR poursuit la lecture du projet, pages 7, 8 et 9)*

Madame LENOIR : Pour clarifier, le projet de loi renvoyait globalement au décret mais le législateur a présenté des amendements de précision avec l'accord du gouvernement. La disposition critiquée est plus précise donc que le texte initial. Les entreprises concernées sont celles qui emploient beaucoup de main-d'oeuvre. D'après le projet de décret, cette disposition concernerait celle des entreprises qui comprennent plus de 60 % d'ouvriers et celles dont 70 % des salariés ont des bas salaires.

Il y a trois types d'aides qui peuvent se cumuler :

- l'aide à l'entreprise qui embauche 6 % de nouveaux salariés et réduit de 10 % le temps de travail dans le même mouvement. L'aide consiste en une réduction des charges dues à l'URSSAF 9.000 Francs par salarié ce n'est pas négligeable ;

- les aides sont forfaitaires et dégressives si l'entreprise négocie tout de suite, l'aide est de 9.000 F, après 6 ou 7.000 F

Déjà Martine Aubry a annoncé un report du délai de négociations.

Aide majorée dans certains cas lorsque l'entreprise réduit plus et plus vite.

Dans tous les cas de figure, majorations spécifiques, pour celles des entreprises qui recrutent des salariés modestes.

Les modulations sont prévues par décret.

Est-ce qu'il revient à la loi de fixer ces aides et jusqu'où le législateur peut-il aller ?

Il ne s'agit pas de subvention mais d'une incitation supplémentaire à la négociation collective. L'idée, c'est de donner un coup de pouce à la négociation. Cf. lois de 1993.

On dit aux partenaires sociaux : on réduit mais on essaie d'aller plus loin dans la modernisation des rapports intra-entreprises.

Pari qui, comme dans les lois Auroux, renvoie quand même aux négociations collectives, donc mettent en cause éventuellement les principes fondamentaux de droit du travail notamment (cf. 07.12.1993 sur la loi quinquennale). Ce n'est pas l'aide à Air France mais un système global.

La deuxième question renvoie au décret des majorations cf. prime de transport (cf. DC de 63 et L de 79).

Ici on pourrait faire l'effort en considérant que ces négociations devraient être précisées dans la loi.

Cf. 6.12.96 DC, jurisprudence récente, selon laquelle une procédure dérogatoire de renvoi à la négociation ne peut se faire dans un domaine lié aux principes fondamentaux.

Le débat législatif est une pièce de la démocratie.

J'ai cependant une rédaction de repli que me suggère très fortement le service juridique...

Monsieur le Président : Vous nous avez habitués à plus d'ardeur que ça !

Monsieur MAZEAUD : Les aides nous entraînent dans une usine à gaz.

C'est une loi d'incitation. Sanctionner la seule disposition de cet article 6 pour incompetence négative alors que je pense que tout est réglementaire, je dis non, d'autant que cette censure ne touche qu'une seule de ces aides.

Monsieur ABADIE : Je ne me rallierai pas non plus au projet.

D'une part, l'aide en question est facultative dans les 2ème et 3ème § ; il n'y a pas de nécessité d'une loi pour des aides facultatives.

D'autre part, les 2ème et 3ème § entraînent aussi des négociations collectives.

La notion de petite entreprise est très vague, donc si l'on retenait la censure, elle devrait concerner les 2ème et 3ème §.

Il faudrait au contraire dire que c'est bien du domaine réglementaire, sans bien entendu proposer la censure.

Monsieur LANCELOT : Je voudrais renforcer le projet initial de N. Lenoir par pure logique.

Je prends le gouvernement à son propre piège. Dans la logique de cette loi la position de Noëlle LENOIR est juste. Pourquoi, sur des points essentiels être entré dans le détail et là, sur ceux là, ne pas y aller.

Nous devrions renvoyer le gouvernement et le parlement dans leurs filets.

Monsieur COLLIARD : Je vois la perversité du raisonnement de l'orateur précédent. Quand on fait une bêtise, faisons là jusqu'au bout, raisonnement que je croyais réservé à l'art militaire.

Contrairement à ce que dit Noëlle LENOIR, je ne suis pas sûr qu'ait disparu toute distinction entre principes et règles en matière de droit du travail et de la sécurité sociale.

S'agissant de ce 3ème alinéa, je suis plutôt satisfait par le projet de décision, qui retient l'idée qu'il y a un principe de majoration qui relève du législateur et que les modalités de celle-ci sont attribuées au règlement.

Monsieur GUÉNA : J'ai été séduit par le diable mais j'ai résisté ! Je me rallierai donc à la solution de repli du rapporteur, avec quelques modifications ; je serais vivement partisan d'un petit rappel au gouvernement des armes dont il dispose, en particulier le recours à l'article 41.

Madame VEIL : Cette insertion pourrait être faite là précisément.

Monsieur MAZEAUD : L'incompétence négative est, là, celle du Gouvernement.

Madame LENOIR : La solution de repli est la copie conforme de ce qu'on fait en matière de sécurité sociale où le domaine de la loi est particulièrement restreint.

Pour répondre à Monsieur le Préfet, la majoration ne revêt pas de caractère facultatif. Les conditions de son attribution sont précisées, et si elles sont vérifiées, le bénéfice de la majoration, comme de l'aide d'ailleurs, est de droit.

Sur le reste, je mets en garde le Conseil sur une injonction au gouvernement quant au respect de l'article 37. On ne l'a jamais fait. Il est l'objet de bien d'autres contraintes, c'est une voie beaucoup trop hasardeuse ; ce n'est pas dans notre rôle.

On veut donner une leçon de morale au gouvernement. Après tout, c'est son problème. Ce n'est pas à nous de lui rappeler qu'il a à respecter l'article 34. Il peut avoir des contraintes.

Personne n'est au dessus de nous ; on peut tout faire mais je tiens à attirer l'attention du Conseil sur le risque que comporte la solution proposée par Monsieur GUÉNA.

Monsieur LANCELOT : Il faut donner un signal important sur le respect de la Constitution.

Monsieur MAZEAUD : Moi aussi, je suis pour un signal assez fort. Il ne s'agit pas d'une leçon de morale. Il est bon de modifier la jurisprudence de 1982 car on arrive à un système grotesque.

Monsieur le Président : Un signal, mais sous quelle forme ? D'une manière générale ou plus précisément ?

Madame VEIL : La proposition de Monsieur GUÉNA me gêne. Dans cette espèce, ce n'est pas l'article 41 qui n'a pas été respecté.

Madame LENOIR : Il faut rappeler que l'on ne connaît pas nécessairement la nature d'un amendement quand on le dépose. Personne n'a la vérité. Même les plus avertis ne sont pas sûrs de la limite entre les articles 34 et 37.

Je veux bien qu'on fasse un petit rappel sur le domaine de la loi, mais ne donnons pas de leçon au gouvernement. En plus, le droit d'amendement est un droit constitutionnel.

Si on annule au motif que c'est réglementaire, c'est un revirement par rapport à la jurisprudence de 1982 et la réaction du Parlement sera monumentale, je vous en avertis.

Monsieur MAZEAUD : Je ne crois pas que le Gouvernement puisse ne pas s'apercevoir de la nature de l'amendement. Il peut toujours demander la réserve. Il étudie et il voit à la fin de la discussion. Cela lui incombe quand même !

Monsieur le Secrétaire général : Nous avons essayé de faire un recensement des « signaux dans la jurisprudence ». Or il n'y a pas de précédent.

La version de Monsieur GUÉNA est très forte déjà et indique bien que le Conseil sera désormais vigilant. Aller au-delà, ne me paraît pas souhaitable en l'état, compte tenu de la spécificité de la matière. Au demeurant, la dérive peut être déjà dans le projet de loi initial. La doctrine s'interrogerait sur la portée exacte d'un tel avertissement et sur la sanction qui y serait assortie.

Monsieur le Président : Il ne faudrait pas donner le sentiment que le non usage de l'article 41 scelle l'affaire.

Monsieur GUÉNA : On peut trouver une formule atténuée qui n'invoquerait pas le 41 explicitement.

Monsieur COLLIARD : Si on était saisi par le Gouvernement, je serais d'accord, mais ce n'est pas le cas.

Monsieur AMELLER : Il faut laisser aux parlementaires la liberté de déborder de l'article 34. C'est la seule liberté qu'ils ont de participer à l'élaboration de la loi. C'est à juste titre que le Gouvernement laisse passer des amendements de nature réglementaire.

Madame LENOIR : Je me permets de demander à Monsieur GUÉNA de renoncer à son amendement et qu'on s'en tienne à la position orthodoxe que je présente dans la formule de repli que je vous ai soumise.

Avoir une vision complètement ministérielle de l'état des choses ne me paraît pas conforme à l'esprit de la Constitution.

Il faut laisser à l'expression parlementaire son plein champ.

Monsieur GUÉNA : Il est effectivement difficile de rédiger quelque chose autour de l'article 41.

Je trouve quand même que nous pourrions accepter l'inversion et à la 10<sup>e</sup> ligne du projet alternatif, écrire : « lequel, s'agissant..., s'en tient à la détermination des principes fondamentaux ».

Monsieur MAZEAUD : Il n'y a pas que le Parlement qui déborde. Il faut voir qu'on a un texte déposé par le Gouvernement lui-même. Le signal adressé au Gouvernement serait quand même nécessaire. Lutter contre l'inflation législative est d'une nécessité urgente.

Madame VEIL : Si on devait aller aussi loin, il faudrait mettre en cause d'autres articles de la loi. Il faudrait aller plus loin et nous ne sommes pas disposés à le faire. Je propose de faire l'inversion et de rappeler la portée de l'article 37 à la fin du considérant de repli.

Monsieur MAZEAUD : Je suis très favorable à cette solution.

Madame VEIL : « Conformément à l'article 37 », c'est timide.

Madame LENOIR : Je suis défavorable à toute modification de ce que je propose. Je ne comprends pas cette dramatisation.



Monsieur le Président : Les propositions d'amendement faites sur votre amendement de repli sont très minimes.

Madame le rapporteur acceptez-vous ces deux amendements ?

Madame LENOIR : Non.

Monsieur le Président : Je mets aux voix les amendements de Madame VEIL et de Monsieur GUÉNA.

*(Les amendements sont adoptés par 7 voix pour : Messieurs Roland DUMAS, Georges ABADIE, Jean-Claude COLLIARD, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Pierre MAZEAUD et Madame Simone VEIL et 2 contre : Monsieur Michel AMELLER et Madame Noëlle LENOIR)*

*(La séance est suspendue à 13h 20)*

*(La séance est reprise à 15 heures)*

Madame LENOIR :

2.2.3. La portée du moyen en ce qui concerne l'article 3 VI alinéa

5.

La disposition renvoie à un décret en Conseil d'Etat la détermination des modalités de contrôle de **l'exécution de la convention entre l'Etat et l'entreprise bénéficiaire de l'aide, avec à la clé des sanctions pécuniaires.** D'après un projet de décret transmis au Conseil constitutionnel, il pourrait s'agir de la suspension, de la perte ou du reversement de l'aide, si l'entreprise ne remplit pas ses engagements.

La disposition est opportune. Trop souvent, en effet, le système des aides de l'Etat aux entreprises est empreint d'une grande rigueur au moment de l'octroi des aides aux entreprises, suivie d'un grand laxisme, l'administration oubliant de s'assurer par la suite du respect des conditions mises à l'attribution de l'aide en question.

Juridiquement, la disposition critiquée ne soulève pas de difficultés, car on ne voit pas quelle rubrique de l'article 34 pourrait obliger le législateur à se prononcer sur ce type de relations contractuelles entre l'Etat et les entreprises. (voir les exemples cités par le mémoire du Gouvernement, sur les contrats d'initiative emplois notamment).

Pour autant, s'agissant des sanctions, qui ont au sens de notre jurisprudence le caractère de punition, le respect des droits de la défense (comme vraisemblablement la motivation de la mesure) s'imposent.

### **Réserve.**

*(Madame LENOIR donne lecture du projet)*

Monsieur LANCELOT : Le mot "sanction" ne me semble pas juste ; je préférerais le terme "mesures".

Madame LENOIR : C'est selon moi une sanction, dès lors qu'elle vient constater un manquement à une obligation résultant de la convention passée entre l'Etat et l'entreprise.

Monsieur MAZEAUD : Je serai favorable aux termes "mesures", en supprimant par ailleurs les droits de la défense.

Monsieur le Secrétaire général : Au sens de la jurisprudence administrative, il s'agit bien d'une sanction, compte tenu des manquements contractuels constatés ; il n'y a aucun doute sur ce point.

Monsieur ABADIE : S'agissant d'aides données par les collectivités locales, on ne parle pas de sanctions ; alors pourquoi parler ici de "sanctions" ; il ne s'agit pas de manquements pénalement sanctionnés.

Monsieur le Président : Il s'agit pourtant bien de mesures coercitives !

Monsieur LANCELOT : Je suis prêt à retirer mon amendement.

Monsieur le Secrétaire général : La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de sanctions ne se limite pas au droit pénal ; elle s'étend à toutes les sanctions, y compris administratives, ceci est tout à fait clair.

Madame LENOIR :

#### 2.2.4. La portée du moyen au regard de l'article 3 VII.

La disposition critiquée ne renvoie pas au décret. Elle se borne à prévoir un dispositif d'appui et d'accompagnement concrétisé par la prise en charge partielle par l'Etat des frais liés aux études préalables à réduction du temps de travail. S'agissant d'une aide ponctuelle et en quelque sorte discrétionnaire, la mesure aurait pu relever en totalité de la compétence réglementaire. Elle résulte d'un amendement sans doute motivé par le souci de permettre aux régions de participer au dispositif.

Je propose :

- de rejeter le moyen afférent à l'aide de l'Etat dont le régime me semble relever du domaine réglementaire :

- de considérer que la loi attribue une nouvelle compétence à la région dont les interventions économiques sont strictement encadrées par le code général des collectivités. Le code devrait donc être complété pour tenir compte de la loi.

Cela étant, la disposition est suffisamment claire. En outre, bien qu'apparemment la région ne puisse intervenir qu'en soutien de l'aide de l'Etat, on ne peut dire qu'il y a atteinte au principe constitutionnel de libre administration.

- de préciser que le pouvoir réglementaire en définissant les critères de l'aide, qui est susceptible de correspondre à des sommes très importantes, devra éviter toute discrimination injustifiée (jurisprudence « Crédit Foncier de France »).

Monsieur ABADIE : Je propose la suppression de "la seule". Le mot "précisé" est antinomique avec les principes fondamentaux.

Monsieur COLLIARD : Je propose la suppression de la 7ème phrase de la page 10.

Madame LENOIR : Il faut bien répondre au grief, et indiquer que cela ne relève pas de la loi.

Monsieur le Secrétaire général : Cela va dans le même sens que ce que vous avez dit plus haut sur le domaine loi/règlement ; il est donc opportun de le maintenir.

Madame LENOIR :

#### 2.2.5. La portée du moyen en ce qui concerne l'article 3 VIII.

Cette disposition prévoit l'attribution d'aides à la formation des « salariés mandatés » assurée par les organisations syndicales représentatives au plan national.

On se souvient que la création de cette nouvelle catégorie de salariés protégés a été avalisée par le Conseil constitutionnel dans sa *DC précitée du 6 novembre 1996*. Le but de cette institution est de favoriser la négociation collective dans les entreprises ou établissements dépourvus de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical. Avec la présente loi, on sort de la période expérimentale ouverte par la loi du 11 novembre 1996 et reconnue comme telle conforme à la Constitution. La catégorie des salariés mandatés est définitivement légalisée en des termes qui reprennent exactement les considérants de notre décision du 6 novembre 1996.

Par ailleurs, et pour rassurer les syndicats du fait que l'intention du législateur n'est pas de porter atteinte à leur rôle jusqu'alors exclusif dans la négociation collective, la présente loi prévoit une aide aux syndicats se proposant de former à leur école les salariés en question.

La mesure se distingue des mécanismes habituels de formation syndicale envisagés à l'article L. 452-1 du code du travail. Pour autant, elle est en lien avec le droit syndical et relève donc du domaine législatif. Mais, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les catégories de bénéficiaires sont précisément définies, par référence aux syndicats représentatifs au plan national. Il suffit d'indiquer que l'aide devra tenir compte des efforts de formation réellement consentis par chacun d'entre eux.

#### Réserve.

(Madame LENOIR donne lecture du projet)

Monsieur ABADIE : A la dernière phrase de la page 10, on donne l'impression de compléter la loi, avec une imprécision dans la rédaction.

Pourquoi y-a-t-il suspicion d'application discriminante de la loi ?

Monsieur LANCELOT : Il est préférable de dire que les discriminations devront être évitées.

Madame LENOIR :

### **3. Le reproche lié au caractère inopérant de certaines dispositions de la loi.**

#### **3.1. Article 2.**

Le moyen est étrange, dès lors que le caractère inopérant d'une disposition rend lui-même inopérant tout moyen tiré de sa constitutionnalité (*voir DC du 26 janvier précité sur l'aménagement du territoire*).

Or tel est bien le cas de l'article 2 qui se limite à appeler les entreprises à négocier. La disposition se veut un appel clair au dialogue social, lequel est fortement encouragé par le dispositif d'aide organisé par l'article 3. Il n'y a pour autant aucun caractère normatif dans cette disposition qui ressemble fort à un article de la loi quinquennale du 20 décembre 1993 qui invitait elle aussi les entreprises à négocier « au niveau national et interprofessionnel ».

#### **3.2. Article 3 I et VII.**

Dans les deux cas, loin d'être dépourvues de caractère normatif, les dispositions critiquées ont des effets juridiques importants puisqu'elles déterminent les conditions de l'octroi d'aides de l'Etat aux entreprises.

Dans le premier cas, l'aide est un droit, dès lors que les dispositions légales à remplir par les accords collectifs qui les conditionnent sont satisfaites.

Dans le second, l'aide est facultative, mais la disposition n'en est pas moins normative.

#### **Rejet.**

(*Madame LENOIR donne lecture du projet*)

Madame LENOIR :

#### **4. La méconnaissance des dispositions constitutionnelles et organiques sur les lois de financement de la sécurité sociale.**

##### **4.1. Le moyen.**

Les requérants partent du constat que l'aide conventionnelle à la réduction du temps de travail se concrétisera par un abattement des charges patronales de sécurité sociale. Les sommes économisées par les entreprises viendront donc diminuer les recettes qu'aurait pu espérer la sécurité sociale.

Ils en déduisent que le dispositif met en cause les conditions générales de l'équilibre de la sécurité sociale, et ne pouvait donc qu'être prévu par une loi de financement de la sécurité sociale, suivant les formes et la procédure définies par l'article 47-1 de la Constitution et l'article L 111-3 du code de la sécurité sociale.

##### **4.2. La réponse au moyen.**

**Notre jurisprudence** est assez stricte à cet égard.

- Aucune loi ne peut porter atteinte aux conditions générales de l'équilibre de la sécurité sociale, si ce n'est une loi de financement - rectificative ou non - de la sécurité sociale. Transposition de la jurisprudence sur les lois de finances (*DC 96-379 du 16 juillet 1996 et DC précitée du 20 mars 1997*).

- Il n'en va autrement que si la mise en oeuvre de la réforme en cause exige des délais tels qu'il ne peut être porté atteinte à l'équilibre de l'année en cours (*DC du 20 mars 1997*).

- L'équilibre général de la sécurité sociale répond à une exigence constitutionnelle de nature à permettre des validations (*DC précitée du 18 décembre 1997*).

Malgré les sommes en jeu, le **moyen invoqué par les requérants ne peut être retenu en l'espèce.**

- D'abord, le mécanisme de compensation de la loi Veil de 1994 joue de plein droit et les crédits nécessaires à cette compensation ont été prévus dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, y compris pour ce qui est des charges de trésorerie induites par les pertes de recettes de la sécurité sociale.

- Ensuite et en tout état de cause, les délais de mise en oeuvre de la réforme seront longs, dès lors qu'il faut attendre l'aboutissement de négociations collectives particulièrement complexes.

Certes, on nous annonce que la compensation sera partielle à partir de la prochaine loi de financement de la sécurité sociale. Mais cela n'intéresse pas celle en cours, non plus que la présente loi.

### **Rejet.**

*(Madame LENOIR donne lecture du projet)*

Madame LENOIR :

### **5. Atteinte aux droits et libertés des employeurs et des salariés.**

C'est la critique majeure du texte. Le moyen est articulé en 3 branches.

#### **5.1. Atteinte à la liberté de négocier.**

En premier lieu, les requérants, soutiennent que les articles 2 et 3 de la loi privent les employeurs de leur libre pouvoir de négociation, « parce-qu'elle oblige l'employeur et les salariés à négocier en préjugant du résultat de cette négociation et en l'imposant ».

Le moyen ne tient pas. Car si l'incitation est forte, compte tenu de l'affichage de l'échéance de l'an 2000 ou 2002, rien dans la loi n'oblige les partenaires sociaux à négocier.

### **Rejet.**

## **5.2. Disproportion manifeste entre l'objectif d'intérêt général (sauvegarde de l'emploi) et la contrainte imposée « à terme » aux entreprises.**

### **5.2.1. Le moyen.**

Le moyen est plus sérieux. Les requérants considèrent que la baisse de la durée légale du travail aux échéances prévues, compte tenu de son ampleur et des contraintes qui en résulteront pour les entreprises, « touche à la substance des droits des employeurs », emportant par suite dénaturation de la liberté d'entreprendre.

### **5.2.2. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel.**

\* Le **principe**. La liberté d'entreprendre a été clairement et solennellement constitutionnalisée dans notre *DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations*. « La liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

\* Sa **portée**. Puis nous avons aussitôt marqué la portée limitée de cette liberté, qui « n'est ni générale, ni absolue, et ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation fixée par la loi » (*DC 82-141 du 27 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, par exemple*). Nous avons ajouté dans le même sens qu'il « était loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » (*DC 90-283 du 8 janvier 1991 sur la publicité sur les alcools et les tabacs*).

#### **\* L'application concrète de ces principes.**

*Dans cette décision du 8 janvier 1991*, nous avons mis en balance la liberté d'entreprendre et l'impératif de protection de la santé publique, en tant que principe de valeur constitutionnelle, pour considérer qu'il n'y avait pas atteinte à la liberté d'entreprendre.

Dans notre décision *sur l'amnistie, DC 88-244 du 20 juillet 1988*, nous avons jugé que l'obligation faite aux employeurs de réintégrer des salariés, fussent-ils protégés, licenciés pour faute lourde, constituait une « contrainte dépassant, par son étendue, les charges que, dans l'intérêt général, la société peut imposer à ses membres ».



### 5.2.3. Réponse au moyen.

\* La **sauvegarde de l'emploi** est une exigence constitutionnelle répondant à la nécessité d'assurer le droit à l'emploi (*DC 85-200 du 16 janvier 1986 sur la limitation du cumul emploi-retraite*).

\* Le **Conseil Constitutionnel n'exerce pas un contrôle d'opportunité**. Il ne peut se substituer au législateur pour vérifier si cet objectif aurait pu être atteint par d'autres voies que celles de la réforme (**DC 90-280 du 6 décembre 1990, et DC 86-218 des 19 et 20 novembre 1986**).

\* Or en l'occurrence, si on met en balance les deux principes constitutionnels que sont la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi, il n'y a **pas de disproportion manifeste, entraînant dénaturation de la liberté des employeurs**. D'autant que le dispositif final sera accompagné, selon les travaux préparatoires, de mesures d'aides structurelles. **Rejet, moyennant cette précision.**

Monsieur LANCELOT : Je trouve que nous sommes au coeur du débat. Il y a un déséquilibre patent entre la liberté et l'objectif tiré du Préambule de 1946. On traite de façon extrêmement cavalière la liberté d'entreprendre, en disant qu'elle existe mais qu'elle est très peu de chose par rapport à un objectif que l'on rattache hypocritement au 5ème alinéa du Préambule de 1946 ; sur ce point, j'indique d'ailleurs que je n'ai jamais vu cette exigence constitutionnelle voler au secours du devoir de travailler. On a choisi la seconde partie de l'alinéa de façon totalement artificielle, en insistant sur le droit à l'emploi, en oubliant de façon délibérée qu'au début le texte parle du "devoir de travailler". Je serai prêt à censurer l'ensemble de la loi sur cette question ; en tout cas il faut être très attentif à la rédaction, pour ne pas faire une fausse fenêtre, avec la liberté d'entreprendre qui serait là juste pour mémoire.

Je souhaite par ailleurs que l'exigence constitutionnelle soit remplacée par l'objectif.

Madame VEIL : Je crois, comme Monsieur LANCELOT, qu'il n'est pas question de remettre en cause le fond de l'affaire ; on a vu selon les époques des modifications substantielles intervenir quant à la liberté d'entreprendre.

Mais il faut souligner que c'est aller à l'encontre d'une certaine conception de l'économie de réduire à ce point la liberté d'entreprendre dans la rédaction qui

est proposée par le projet. On donne trop l'impression de dévaloriser cette liberté.

Monsieur LANCELOT : Il est important d'être attentif à ne pas considérer la liberté d'entreprendre comme quelque chose de très relatif, alors que c'est une valeur essentielle sur laquelle repose notre société.

Madame LENOIR : Notre démarche est de mettre en parallèle la liberté d'entreprendre et les conditions dans lesquelles elle peut être limitée, comme nous le faisons habituellement dans notre jurisprudence. Il y a ici deux avancées en ce qui concerne la liberté d'entreprendre, il faut le souligner ; en effet, d'une part, on supprime ce qui figurait dans de précédentes décisions et qui avait pour effet de souligner que la liberté d'entreprendre ne s'exerce que dans le cadre de la réglementation fixée par la loi ; d'autre part, en face de l'intérêt général, on fait apparaître les exigences constitutionnelles. Ceci n'est pas négligeable.

Monsieur LANCELOT : Je souhaiterais beaucoup qu'à l'occasion de cette décision, nous ayons la possibilité de bien fonder, en contrepartie du droit à l'emploi, le principe de la liberté d'entreprendre. Aussi je propose de supprimer qu'elle n'est ni générale, ni absolue.

Monsieur COLLIARD : Ce texte ne va pas bouleverser l'état de notre société, et pas davantage l'équilibre de notre droit du travail ; les normes constitutionnelles dont l'applicabilité est rappelée sont classiques et s'il faut envisager quelque chose de novateur, cela ne saurait aller jusqu'à renverser notre jurisprudence sur la liberté d'entreprendre.

Monsieur LANCELOT : C'est la glose socialiste !

Monsieur le Président : On n'est pas au Parlement !

Monsieur ABADIE : Cette formulation va susciter de nombreux commentaires ; reprendre cette idée de Monsieur LANCELOT, qui revient à laisser entendre que la liberté d'entreprendre peut être générale et absolue, me paraît modifier de façon très importante la façon dont on aborde cette liberté.

*(Messieurs ABADIE et COLLIARD votent contre la proposition d'amendement)*

Monsieur AMELLER : Je suggère "ne paraissent pas" à la place de "ne sont pas".

*(Madame LENOIR donne lecture du projet, page 15 et 16)*

Monsieur GUÉNA : Le terme "contrainte" n'est pas bon ; on a l'impression d'une rédaction reprenant un slogan du patronat.

Madame LENOIR : Ce sont bien des contraintes et non des obligations qui vont peser sur l'employeur.

Monsieur LANCELOT : La meilleure rédaction est celle du projet, qui correspond exactement à ce que l'on dit d'ordinaire.

*(Tous les membres du Conseil votent pour le texte initial, à l'exception de MM. ABADIE, COLLIARD et Mme VEIL)*

Madame LENOIR :

### **5.3. Atteinte aux contrats et conventions en cours.**

-

#### 5.3.1. Le moyen.

Les requérants visent par ce moyen les conséquences de la réforme, immédiatement et à terme, sur les rémunérations. Qui, des employeurs ou des salariés, ou dans quelles conditions les uns et les autres supporteront-ils les incidences financières nécessaires de la réduction du temps de travail ?

#### 5.3.2. Le problème posé.

Les incidences sont certaines en termes financiers. Elles ne sont pas d'ailleurs automatiquement défavorable aux employeurs, et les salariés peuvent aussi se voir proposer une modification de leur contrat de travail dans un sens défavorable. 3 hypothèses principales :

\* Certes, il est possible que la loi n'oblige pas à changer pas le contrat s'il est muet sur les horaires de travail. Dans ce cas, l'employeur sera conduit à payer 35 heures au même tarif qu'il rémunérait 39 heures.

\* L'employeur n'est cependant légalement obligé que de payer 35 heures, le prix des 35 heures, ce qui nécessiterait alors une modification du contrat, car la rémunération du salarié baisserait. Le salarié peut la refuser, depuis la *jurisprudence Raquin de 1987 de la Cour de cassation*, s'agissant d'une modification d'un élément essentiel de son contrat (*voir aussi Cour de cassation, Soc., 19 février 1995, Dalloz 1995, page 268*). En effet, le salaire est un élément de nature contractuelle, comme vient de la rappeler la Cour de

cassation, dans plusieurs arrêts remarquables du début de cette année. Le salarié encourt dans une telle hypothèse le licenciement pour motif économique, selon les termes mêmes de l'article L.321-1 du code du travail.

\* Dans la plupart des cas, on peut penser que les partenaires sociaux dégageront une solution intermédiaire, le cas échéant en application de l'accord collectif d'entreprise, et que la révision de son contrat sera acceptée par le salarié. Une certaine modération salariale n'est en tout état de cause pas totalement inconcevable.

Quoiqu'il en soit, on voit bien que la réduction de la durée du travail influence directement les relations contractuelles entre employeurs et salariés. C'est d'ailleurs l'une des buts de la loi d'inciter ou de contraindre à des renégociations globales sur l'organisation du temps de travail, renégociations qui peuvent amener à modifier les contrats individuels de travail.

### 5.3.3. La réponse au moyen.

C'est la question de la **liberté contractuelle**, terrain sur lequel en invoquant la liberté d'entreprendre les requérants tentent de nous conduire qui est posée.

Notre jurisprudence a évolué en plusieurs étapes vers une conception moins rigide de cette notion.

\* *Dans la DC du 26 janvier 1995 sur l'aménagement du territoire*, par exemple, nous avons purement et simplement vidé de son contenu la disposition qui permettait à l'Etat, pour des raisons financières, de proroger autoritairement dans le temps les relations contractuelles auxquelles EDF et la CNR voulaient mettre fin en ce qui concerne la construction du canal Rhin-Rhône. Nous avons jugé que cette « mesure ne devait pas être regardée comme faisant obstacle à ce que, par accord entre la cocontractants, des avenants aux conventions ainsi prorogées, puissent être conclus ».

\* Dans la **DC du 20 mars 1997 sur les plans d'épargne retraite**, nous avons indiqué que la liberté contractuelle n'avait **pas en elle-même** valeur contractuelle.

\* Dans ce sens, je propose de reprendre cette notion, moyennant deux précisions.

1. indiquer que nous vérifions s'il n'est pas porté une atteinte d'une gravité telle à l'économie des contrats que la liberté individuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 puisse en être méconnue.

2. préciser que le droit du travail a une spécificité néanmoins, dans la mesure où il touche nécessairement à des relations contractuelles, étant d'ordre public.

3. **Rejeter**, sur le fondement de cette double considération, le moyen.

Voir aussi la vigilance de plus en plus grande du Conseil d'Etat à protéger la liberté contractuelle comme principes généraux du droit (Section du 28 janvier 1998, Société Borg Wagner ).

Monsieur LANCELOT : J'aurai volontiers supprimé la première partie du "considérant".

Monsieur AMELLER : Pourquoi se référer à la liberté contractuelle et pas à la sécurité juridique ? La véritable référence, c'est cela ; c'est en réalité l'article 2 de la D.D.H.C. qui est en cause.

Monsieur ABADIE : Si on se réfère à la stabilité des contrats et à la sécurité juridique, on va faire obstacle à l'adoption de textes essentiels en matière sociale ; je pense, par exemple, à toute la législation en matière de baux d'habitation.

Monsieur GUÉNA : La liberté contractuelle n'est pas constitutionnelle ; la loi peut modifier les contrats, et c'est heureux !

Je propose de supprimer la partie de la phrase concernant la liberté contractuelle qui n'a pas en elle-même valeur constitutionnelle.

Madame LENOIR : Sur la sécurité juridique, je dois dire que nous avons pensé à cela, dans l'avant-projet, mais il nous a paru que le droit du travail n'était pas le bon vecteur pour faire évoluer la jurisprudence du Conseil.

*(La proposition de suppression de la première partie de la phrase est adoptée)*

Monsieur COLLIARD : Sur le S.M.I.C., l'argumentation des requérants n'est pas sans valeur. Je suggère une modification rédactionnelle : "n'établissent ou n'amenant à établir".

Monsieur le Secrétaire général : Il est prudent de s'en tenir à ce que prévoit la loi ; en l'espèce, elle est taise sur ce sujet. Il ne faut pas faire référence à l'esprit de la loi. Il n'y a rien dans le texte qui parle du découplage entre

S.M.I.C. horaire et S.M.I.C. mensuel ; on parle là d'une loi qui n'existe pas ; il faut donc être prudent, afin de ne pas lier le Conseil pour l'avenir.

Madame LENOIR : Je suis sensible à ce que vient de dire Jean-Claude COLLIARD. En effet, ce n'est pas parce qu'une disposition n'est pas dans un texte qu'il n'y a pas d'incidence sur un sujet donné. Je propose la rédaction suivante : "n'établit pas la différence de traitement invoquée par les requérants".

*(La proposition est acceptée)*

*(Monsieur le Président met au vote l'ensemble du projet. Le projet est adopté à l'unanimité)*

*La séance est levée à 17 h 30.*