

UNE SUBSTITUTION DES PARTENAIRES SOCIAUX AU LÉGISLATEUR EST-ELLE CONCEVABLE ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives

Etude par Valérie **OGIER-BERNAUD**

Maître de conférences à l'Université d'Avignon, Membre du GERJC, CNRS, 6055

Sommaire

Les travailleurs doivent-ils être soumis à une réglementation uniquement dictée ou édictée par des organisations syndicales " représentatives " dont la légitimité est loin d'être équivalente à celle du Parlement ? La question est particulièrement d'actualité car le projet de loi relatif à la réforme du dialogue social invite à y réfléchir. Le présent article se propose de présenter tant d'un point vue constitutionnel que communautaire les éléments nécessaires à la discussion.

1 - Le projet de loi sur la réforme du dialogue social ^{Note 1}, élaboré à l'automne 2003 et actuellement examiné par le Parlement invite à prêter au domaine social une attention soutenue. Si le fond du projet a déjà été largement commenté, c'est " l'engagement solennel " pris par le Gouvernement " de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail " qui nous pousse, en tant que constitutionnaliste, à réagir aujourd'hui. En effet, il paraît difficile d'approuver le Gouvernement lorsqu'il s'enorgueillit de présenter aux parlementaires un texte dont l'élaboration est issue " d'un changement de méthode ", visant à associer *officiellement* les organisations syndicales à l'élaboration de la loi. D'abord, car il ne s'agit que d'un effet d'annonce, leur association à l'oeuvre du législateur existant dans les faits depuis une trentaine d'années. Ensuite, car il n'est pas satisfaisant de faire de la *Position commune* des partenaires sociaux du 16 juillet 2001 - compromis symbolique sur le développement de la négociation collective auquel ils avaient abouti - " la base à partir de laquelle a été construit le projet ", sans s'assurer que celui-ci est bien transposable à la réalité juridique. Plus généralement, la réforme en cours invite à réfléchir sur la redéfinition proposée des rôles respectifs des partenaires sociaux et du législateur.

2 - Or, probablement sous l'influence des débats relatifs à la gouvernance, le *credo* en vertu duquel " l'accord des sujets de droit [est] une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent " ^{Note 2}, qui a pour traduction en matière sociale l'idée selon laquelle " il ne saurait y avoir de loi sans convention pour la légitimer " ^{Note 3}, se développe. Certaines organisations syndicales poussent d'ailleurs en ce sens, en prônant un recul du législateur en faveur des partenaires sociaux " plus proches des réalités sociales " dans la réglementation du droit du travail, en défendant " la démocratie sociale " contre " la démocratie politique ", l'autonomie synonyme de liberté contre l'hétéronomie synonyme de contrainte. Néanmoins, les travailleurs doivent-ils être soumis à une réglementation uniquement dictée ou édictée par des organisations syndicales " représentatives " dont la légitimité est loin d'être équivalente à celle du Parlement ? Bien que le droit communautaire et la jurisprudence constitutionnelle l'admettent, nous souhaitons inciter les juristes à prendre part au débat, et particulièrement ceux de droit public qui souvent se désintéressent de ces questions. Pour ce faire, nous présentons - ou représentons - ici les éléments nécessaires à la

discussion.

1 - Une montée en puissance des partenaires sociaux explicitement autorisée par le droit communautaire

3 - Les partenaires sociaux étant "*plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux*", leur dialogue doit être intensifié et soutenu en vue d'élaborer une politique sociale "*pragmatique et proche des citoyens*", a dit le Conseil en invoquant le principe de subsidiarité dans une résolution du 6 décembre 1994 ^{Note 4}. Cette prise de position très claire montre l'intérêt accordé aux représentants des travailleurs et des employeurs au niveau communautaire, lequel conduit parfois à écarter le Parlement européen du processus d'élaboration des décisions relatives au domaine social, et limite corrélativement mais en toute discrétion la compétence du Parlement français.

A - Le Parlement européen exclu du processus d'élaboration des décisions communautaires en matière sociale

4 - En considération du principe selon lequel " mieux vaut un accord conclu entre partenaires sociaux au niveau européen que des mesures hétéronomes édictées par le Conseil " ^{Note 5}, l'idée d'une " subsidiarité horizontale " (entre les institutions et ces derniers), complétant celle de " subsidiarité verticale ", s'est imposée depuis plusieurs années, priorité étant progressivement donnée aux partenaires sociaux dans l'élaboration des normes communautaires au détriment des institutions elles-mêmes. Alors que l'intention pourrait paraître louable - éviter que les décisions ne soient prises dans l'ignorance totale des problèmes quotidiens - le résultat cristallisé dans les traités est discutable dans la mesure où le renforcement de la capacité d'agir des partenaires sociaux - dont la structuration n'est pas encore achevée au niveau communautaire - conduit à restreindre, voire à anéantir celle du Parlement européen. Un court rappel du mécanisme instauré permettra à ceux qui ne le connaissent pas d'en juger.

5 - En vertu de l'article 138 du Traité CE, la Commission doit, avant de présenter des propositions en matière sociale, consulter les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire. À l'issue de cette consultation, si celle-ci estime qu'une telle action est souhaitable, elle redemande leur avis sur le contenu de la proposition envisagée et, à cette occasion, les partenaires sociaux peuvent l'informer de leur volonté de mettre en oeuvre la procédure de l'article 139, donc d'engager entre eux des négociations pouvant déboucher sur un accord. L'accord conclu ne liant que les parties, l'extension de ses effets juridiques passe ensuite soit par l'utilisation "*des procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres*", soit par " la voie réglementaire ", qui seule retiendra notre attention. Ainsi, les signataires de l'accord peuvent conjointement saisir la Commission d'une demande tendant à sa mise en oeuvre par voie de " décision ", c'est-à-dire (pour l'instant) par voie de directive. Le Conseil n'a alors ni besoin de recueillir l'avis du Parlement européen, ni celui du Comité économique et social. Or, cela est problématique, comme le montre l'arrêt du 17 juin 1998 ^{Note 6} du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI).

6 - Prenant acte du fait qu'une "*assise communautaire de nature législative*" pouvait être donnée à un accord collectif, sans qu'il soit recouru "*aux procédures classiques d'élaboration d'un texte législatif (...) qui implique la participation du Parlement européen (...) reflet au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative*", le TPI a admis que " *le respect du principe de la démocratie* " peut être assuré " *en l'absence de participation du Parlement européen* " " *de manière alternative par l'intermédiaire des partenaires sociaux* ", à la condition - peu exigeante - qu'ils justifient " *d'une représentativité cumulée suffisante* ". Ce faisant, le Tribunal a *ipso facto* placé le Parlement européen sur un pied d'égalité avec les organisations syndicales représentatives, alors que celles-ci ne possèdent évidemment pas la même légitimité démocratique. Au contraire, à l'élection au suffrage universel correspond une représentativité fondée sur des critères particulièrement flous ^{Note 7}, le contrôle opéré par le TPI à son égard étant de surcroît peu approfondi et ses exigences minimales ^{Note 8}. L'alternative que constituent les syndicats par rapport au Parlement paraît donc difficilement défendable. Si le raisonnement du TPI repose sur une prémisse incontestable - associer les peuples à l'exercice du pouvoir et " *conférer une légitimité démocratique aux actes adoptés par le Conseil* " - il ignore que l'un représente la volonté générale et les autres les intérêts de leurs membres ou, au mieux, d'un groupe social ; que le Parlement a en charge la défense de l'intérêt général et les syndicats celle de l'intérêt collectif. Ils n'ont donc pas une vocation similaire, comme l'avait remarqué Kelsen lorsqu'il

relevait qu'il serait impossible de remplacer le parlementarisme par l'organisation corporative car " on ne peut pas méconnaître que l'organisation du peuple en professions, organisations qui se fondent pour l'essentiel sur une communauté d'intérêts, ne saisit aucunement tous les intérêts qui entrent en jeu dans la formation de la volonté étatique " Note 9.

7 - Malgré l'ensemble de ces considérations, le Parlement européen se trouve évincé de la procédure d'élaboration des directives chaque fois que les partenaires sociaux demandent qu'il soit conféré " *une assise communautaire de nature législative* " à leurs accords-cadres. Alors que la Communauté cherche depuis longtemps à combler son déficit démocratique, il semblerait que les articles 138 et 139 du Traité contribuent au contraire à l'accroître davantage, en substituant à la participation du Parlement européen à l'élaboration des actes communautaires, celle des représentants d'une " société civile " parée de toutes les vertus aux yeux de la Commission Note 10.

B - Le Parlement français contraint par les partenaires sociaux européens

8 - L'importance prise par les partenaires sociaux sur le Parlement européen se répercute dans un second temps sur le Parlement français. L'accord est, en effet, transformé en directive qui, comme on le sait, " *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ". On comprend dès lors le problème : il s'agit de mettre en oeuvre un acte communautaire qui émane directement d'organisations syndicales. Si cette transposition est le fait du législateur, la loi est dictée ou, pour le moins, conditionnée par la volonté exprimée par les partenaires sociaux européens, sans que cela ne soit immédiatement perceptible. Au demeurant, s'il arrivait qu'un accord soit transformé en règlement directement applicable, le Parlement n'aurait plus aucun mot à dire alors que la Constitution française lui donne compétence pour déterminer " *les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical* " (Const., art. 34) et aménager l'exercice des droits constitutionnels des travailleurs !

9 - Or, cela manifeste évidemment un recul de l'un par rapport aux autres. En effet, quelle marge de manoeuvre est véritablement laissée au Parlement français quand il se trouve confronté à une directive ? Sauf à remettre en cause le Gouvernement qui a accepté le texte au niveau communautaire et / ou à faire condamner la France, celle-ci n'est pas très importante. La procédure instaurée dans l'article 88-4 de la Constitution pourrait constituer en *amont* de l'adoption définitive de la directive une solution. En effet, chaque assemblée peut faire connaître au Gouvernement sa position sur " *les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative* ". Si cette disposition constitutionnelle a été adoptée afin de leur permettre de faire entendre leur voix dans le déroulement du processus de décision communautaire, la possibilité ainsi donnée aux chambres ne possède qu'une efficacité relative. D'une façon générale, celle-ci n'est pas avérée si les assemblées ne peuvent intervenir en temps utile, soit avant que la proposition d'acte communautaire n'ait été définitivement adoptée. Surtout, il peut être difficile pour le Gouvernement de faire prendre en considération leurs avis quand le Conseil statue non à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée.

10 - Cette ultime difficulté revêt une importance particulière dans le domaine social. En effet, face à l'article 139 du Traité CE qui prévoit que " *la mise en oeuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient (...) à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* ", les spécialistes de droit communautaire du travail se sont demandés si la Commission était en droit de s'écarter des termes de l'accord puis si le Conseil pouvait à son tour apporter des modifications à la proposition de la Commission. Or, il est piquant de constater que la réponse apportée contraste avec les faits observés.

11 - Ainsi, il est admis que si la Commission possède bien une faculté d'adaptation, celle-ci est néanmoins limitée car l'article 139 charge seulement les institutions de " *mettre en oeuvre* " l'accord, ce qui pourrait exclure tout bouleversement substantiel, la Commission ne pouvant, au pire, qu'expurger le texte qu'elle transmet au Conseil des illégalités qu'il contient et, au mieux, préciser les points laissés dans l'ombre par les parties. S'agissant du Conseil, on notera que l'article 250 du Traité lui donne, en théorie, le droit d'amender, à l'unanimité, la proposition qui lui est présentée. " En théorie " est pourtant le terme qui semble ici convenir. En effet, le souhait des partenaires sociaux étant que la Commission et le Conseil reprennent la transcription exacte des accords, il a été constaté (et contesté Note 11) que pour ne pas entrer en conflit avec eux, l'un et l'autre se bornaient à reprendre les accords sans rien changer. En définitive, la seule échappatoire efficace consiste pour le Conseil à refuser de leur donner " *une assise communautaire de nature législative* ".

12 - On perçoit donc en quoi la procédure de l'article 88-4 de la Constitution est susceptible de se révéler inefficace dans le domaine étudié. Quel est l'intérêt pour le Sénat et l'Assemblée nationale de voter des résolutions si, en tout état de cause, le texte de l'accord-cadre ne peut subir de modifications ? Tout au plus leur reste-t-il la possibilité de convaincre le Gouvernement français de s'opposer à sa mise en oeuvre par " *voie réglementaire* ".

13 - Comme le remarque le Professeur P. Rodière, " la démocratie politique cède devant son substitut social " ^{Note 12}. Mais, si à ce jour ce sont essentiellement les Parlements français et européen qui subissent la montée en puissance des partenaires sociaux, est-on sûr que la Constitution se trouve à l'abri de cette avancée ? Sans sombrer dans le catastrophisme, on nous autorisera à envisager une simple éventualité. Imaginons qu'un accord-cadre conclu par des organisations syndicales " représentatives " soit transformé en directive, et que cette directive soit contraire à la Constitution. Que se passera-t-il alors ? Sans qu'il soit utile de revenir sur la problématique de la constitutionnalité des actes communautaires dérivés ^{Note 13}, l'avis rendu par les formations administratives du Conseil d'État sur la *Décision-cadre de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen* donne matière à s'inquiéter. On se souvient, en effet, que ce dernier a estimé que la " *décision cadre ne saurait, si elle comporte des dispositions contraires à la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, être transposée dans l'ordre interne qu'après modification de la Constitution* " ^{Note 14}. La suite est connue : pour la première fois de son histoire, la révision du texte fondamental n'a pas été motivée par " la ratification ou l'approbation d'un engagement international, mais curieusement par la transposition d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, liant d'ores et déjà la France " ^{Note 15}. Imaginons, dès lors, que le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel (si sa jurisprudence évoluait) adoptent une position similaire à l'égard d'une directive mettant en oeuvre un accord-cadre : la Constitution céderait une nouvelle fois... mais devant un acte émanant des partenaires sociaux européens ! Certes, la réalisation de ce scénario est peu probable. Elle ne peut cependant pas être ignorée.

2 - Une montée en puissance des partenaires sociaux tacitement avalisée par le Conseil constitutionnel

14 - La montée en puissance des partenaires sociaux européens ne doit pas masquer celle des partenaires sociaux français. Comme paraît l'indiquer le projet de loi sur la réforme du dialogue social, celle-ci risque encore de s'amplifier dans les années à venir, le Gouvernement s'engageant à saisir " officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le Gouvernement ". Or, cette volonté se heurte, à notre avis, à des objections constitutionnelles que le Conseil constitutionnel n'a pas prises en compte. Tout en fixant quelques limites, sa jurisprudence admet dès à présent et de façon tacite que les organisations syndicales tiennent la plume du législateur.

A - L'absence d'un droit constitutionnel à participer à l'élaboration de la loi

15 - Le droit constitutionnel est en apparence limpide quant aux attributions normatives du législateur et des partenaires sociaux. Le premier bénéficie d'une réserve de compétence législative pour *développer* ou *limiter* initialement les droits constitutionnels des travailleurs et pour déterminer *les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical*. Parallèlement, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a consacré la liberté de négociation collective en tant que processus de création de normes et non comme une simple liberté de contracter. Cependant, la reconnaissance du pouvoir normatif des partenaires sociaux a seulement été accompagnée de la délimitation d'une sphère d'intervention en leur faveur ^{Note 16}, étant entendu qu'il ne s'agit ni d'un domaine réservé, ni d'un domaine ressortissant prioritairement à leur compétence que le législateur devrait respecter. Ainsi, la négociation collective se trouve fortement encadrée par les interventions de la loi qui, si elle ne peut la supprimer totalement, doit aménager son exercice et indiquer les domaines dans lesquels elle s'exerce. En apparence, le législateur conserve donc la plénitude de sa compétence. Néanmoins, comme en droit communautaire, la montée en puissance des partenaires sociaux pourrait bien se réaliser *en amont* de la loi, ceux-ci disposant de plusieurs moyens pour influencer sur son contenu et limiter la marge d'appréciation du législateur.

16 - La négociation préalable à la loi constitue l'un d'entre eux et permet, dans les faits, de ménager un rôle important aux représentants des travailleurs. Il arrive ainsi que des accords nationaux interprofessionnels (ANI) soient conclus pour préparer des changements législatifs et fassent véritablement fonction de projets de loi. Il arrive aussi qu'il soit légiféré en deux temps afin d'intercaler entre les lois un temps de négociation, comme dans le dispositif Aubry. C'est d'ailleurs à l'occasion de cette ultime pratique que le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision *Loi sur les trente-cinq heures I* " que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 invoqué par les requérants, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la

présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre partenaires sociaux " Note 17. Il est donc clair que la négociation préalable à l'élaboration de la loi ne constitue pas, au regard du principe de participation ou de n'importe quelle autre disposition, une exigence constitutionnelle que le législateur devrait respecter. *À première vue*, la jurisprudence constitutionnelle semble donc très éloignée des solutions retenues par le droit communautaire.

17 - Pourtant, tel n'est pas le cas. Composant avec les nécessités du droit du travail, le Conseil constitutionnel s'est contenté d'adopter une position moyenne qui, à notre avis, ne s'oppose pas assez à la tendance actuelle qui veut que la loi ne soit qu'un " super-arrêt d'extension des accords interprofessionnels " Note 18. Certes, la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi n'est protégée par aucun principe constitutionnel. Mais, le juge n'a pas déclaré la négociation préalable à la loi contraire à la Constitution. Or, la constitutionnalité d'une telle pratique paraît douteuse puisque les partenaires sociaux sont susceptibles d'intervenir *ab initio* dans des matières réservées à la loi. L'exemple de l'ANI du 31 octobre 1995 conclu afin de permettre un développement de la négociation collective dans les entreprises indique que cette affirmation n'est pas une hypothèse d'école. Tandis que la Constitution reconnaît au seul législateur la faculté de réglementer l'exercice de la négociation collective, les partenaires sociaux violent la réserve de compétence législative chaque fois qu'ils anticipent sur la loi, chaque fois qu'ils interviennent *praeter legem*. Dans la mesure où la Cour de cassation, elle-même, dans l'arrêt *SA Transports Sérour* Note 19 avait considéré qu'une " *convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant à eux* ", on ne comprend pas pourquoi il en irait différemment pour les autres droits des travailleurs.

18 - En outre, transformer le Parlement en chambre d'enregistrement des accords collectifs conduit une nouvelle fois à s'interroger sur la légitimité des partenaires sociaux. Deux points méritent de retenir l'attention. Tout d'abord le fait que le Conseil constitutionnel se soit contenté de recevoir de façon passive la notion de représentativité sans se prononcer sur elle et sur les critères qui permettent d'attribuer cette qualité Note 20, alors que cela aurait été tout à fait nécessaire. Or, le problème est ici le même qu'en droit communautaire et le projet de loi sur la réforme du dialogue social n'aborde pas non plus cette question d'intérêt général. Par ailleurs - mais cela est indépendant du juge constitutionnel - dans la mesure où les syndicats participent à la réglementation du droit du travail et ne se contentent pas de défendre les intérêts de leurs membres, il est peut-être regrettable que la Constitution française n'exige pas de leur part au moins un fonctionnement démocratique. On retrouve cette exigence en Espagne, en Italie ou encore dans l'article 55 de la Constitution portugaise qui dispose que les syndicats " *respectent les principes d'organisation et de gestion démocratiques fondés sur l'élection périodique et au scrutin secret des organes dirigeants (...) ainsi que sur la participation active des travailleurs à tous les aspects de l'activité syndicale* ". Cette exigence permettrait au minimum d'imposer le respect de la liberté d'opinion au sein du syndicat et éviterait probablement qu'un fossé trop important ne se creuse entre la base et les instances dirigeantes, ce qui est souvent le cas actuellement.

19 - Quelles que soient les objections constitutionnelles que l'on puisse opposer à la négociation préalable à la loi, une lecture attentive des décisions constitutionnelles indique cependant que le juge avalise tacitement les possibilités laissées aux partenaires sociaux de participer à l'élaboration de la loi. Le droit constitutionnel et le droit communautaire retiendraient alors des solutions moins antinomiques qu'il ne pouvait y paraître en première analyse.

B - La possibilité accordée aux partenaires sociaux de participer à l'élaboration de la loi

20 - Un examen plus attentif de la jurisprudence constitutionnelle montre que, contre toute attente, les partenaires sociaux se voient reconnaître un rôle important dans l'élaboration de la loi.

21 - Il en est ainsi en droit de la fonction publique, comme en atteste la décision *Service fait* Note 21. Le Gouvernement avait décidé de déposer un projet de loi modifiant l'article 4 de la loi du 29 juillet 1961 définissant l'absence de service fait des fonctionnaires. Selon les requérants, la loi instituait une nouvelle sanction faisant " *incontestablement partie des conditions de travail* ". En conséquence, ceux-ci estimaient qu'en " *ayant refusé de consulter le Conseil supérieur de la Fonction publique* " le Gouvernement avait violé le huitième alinéa du Préambule. Au terme d'une argumentation assez ambiguë, le Conseil constitutionnel a jugé que celui-ci n'avait pas été méconnu " *dès lors que les dispositions de ce texte n'exigeaient pas, en raison de son objet même* " une consultation dudit Conseil. *A contrario*, il en résulte que le Gouvernement aurait violé le huitième alinéa en ne consultant pas le Conseil supérieur si la loi avait effectivement modifié les conditions de travail. Dans ce cas précis, le principe de participation imposerait donc au législateur le respect de contraintes supplémentaires, au risque de voir la loi déferée censurée par le juge constitutionnel. La participation n'étant pas garantie en " *aval* ", dans la mesure où les conventions collectives n'ont pas de rôle à jouer en droit de la fonction publique, le Conseil constitutionnel a signifié qu'elle devait l'être au stade de l'élaboration des réglementations, par l'intermédiaire des délégués des fonctionnaires siégeant dans les organismes consultatifs.

22 - Cet exemple, bien qu'ancien et circonscrit au droit de la fonction publique, est révélateur de l'importance que ménage le Conseil constitutionnel aux représentants des travailleurs, le terme "travailleurs" étant ici entendu au sens large. Ceci dit, il nous semble que leur consultation préalable ne présente pas les mêmes potentialités d'inconstitutionnalité que la négociation préalable à la loi. En effet, le droit du travail étant une matière technique, il n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles qu'un *simple avis* puisse être demandé aux partenaires sociaux pour que la loi ne soit pas élaborée en méconnaissance des réalités sociales. Cela rejoint de toute façon la possibilité qui est plus largement offerte par le titre XI de la Constitution française au Gouvernement, qui peut soumettre *pour avis* un projet de loi au Conseil économique et social. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'en reste pourtant pas là.

23 - On citera encore la pratique qui consiste à annexer un accord collectif à la loi, la passivité de l'organe législatif paraissant alors à son comble. Le Conseil constitutionnel n'a pas réagi dans la décision *Contre-visite médicale* ^{Note 22}, en confirmant au contraire de façon implicite la valeur législative de l'accord du 10 décembre 1977 annexé à la loi du 19 janvier 1978 ^{Note 23}, que les parlementaires au cours de la discussion avaient estimé non modifiable. C'est ici que la similitude avec les solutions retenues en droit communautaire est la plus manifeste : les partenaires sociaux adoptent une convention collective qui se voit conférer une assise de "nature législative" du seul fait de son annexion à la loi. Or, soit dit en passant, cela n'est possible qu'en la matière car le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État considèrent autrement que les annexes législatives "sont dépourvues de la portée normative qui s'attache aux dispositions" de la loi ^{Note 24} !

24 - Pour terminer, on reviendra sur le cas des lois expérimentales - qui invitent à une négociation préalable à l'élaboration d'un nouveau texte législatif - en prenant l'exemple de celle du 12 novembre 1996 relative au développement de la négociation collective ; déferée au Conseil constitutionnel ^{Note 25}, un grief soulevé par les requérants semblait de nature à entraîner une censure de la loi : le problème de la fixation des seuils d'effectifs. En effet, le texte législatif renvoyait à des accords de branche la détermination des seuils en deçà desquels des accords collectifs d'entreprises négociés par des représentants élus du personnel ou par des salariés mandatés pourraient être conclus. La jurisprudence constitutionnelle ayant admis de longue date que leur détermination relevait de la seule compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution, les requérants dénonçaient à juste titre une incompétence négative de ce dernier. Le juge constitutionnel n'a pourtant pas suivi les requérants, concluant que le législateur "pouvait, toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils (...) dès lors que la latitude laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées".

25 - Or, la solution retenue par le juge dans cette décision est discutable.

D'une part, car l'existence d'une réserve de loi doit être comprise comme une garantie de première importance pour les travailleurs ^{Note 26}. Certaines règles devant nécessairement être définies par le législateur, il semblait donc possible d'opposer cet argument aux personnes prônant une substitution des partenaires sociaux à celui-ci. Or, en l'espèce, le Parlement ne s'est pas borné à leur renvoyer la mise en oeuvre des modalités concrètes de la disposition législative, il a renoncé à exercer sa propre compétence en faveur d'organisations syndicales uniquement "représentatives". En entérinant cette démarche le Conseil constitutionnel a implicitement encouragé le législateur à se décharger de ses responsabilités sur elles. D'autre part, la mise en place d'un dispositif expérimental n'atténue en rien l'inconstitutionnalité car l'expérimentation menée par voie d'accords collectifs dotés d'effets normatifs et destinée à éclairer le législateur, concerne ici la mise en oeuvre directe des conditions d'exercice et des garanties de la liberté constitutionnelle de négociation collective dans les entreprises. Qu'il nous soit ici permis de faire un rapprochement avec les contraintes pesant désormais sur les collectivités territoriales en la matière. N'y a-t-il pas quelque paradoxe à lire dans le nouvel article 72 de la Constitution que ces dernières, dont les organes sont élus au suffrage universel, peuvent " déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences... " "...sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ", tandis que la jurisprudence constitutionnelle relative au droit du travail accorde à ce jour une telle possibilité à des partenaires sociaux ne bénéficiant d'aucune légitimité démocratique ? La question mérite d'être posée car le problème de l'étendue du pouvoir normatif des collectivités territoriales cache celui tout aussi fondamental des organisations syndicales, lequel est trop peu pris en considération par les juristes de droit public.

26 - L'importance qu'acquière progressivement les organisations syndicales représentatives est donc manifeste. Ces développements ont pour unique but de montrer comment leur montée en puissance est rendue possible, tandis que dans le même temps le taux de syndicalisation est en France particulièrement bas et qu'aucune réforme de la représentativité n'est prévue.

27 - Les solutions retenues en droit communautaire et par la jurisprudence constitutionnelle sont-elles pour autant comparables ? En d'autres termes, le législateur français a-t-il, comme la Commission et le Conseil, compétence liée lorsqu'il reprend à son compte des accords collectifs ? La réponse est, en théorie, négative puisque dans la décision

Négociation collective de 1996 le Conseil constitutionnel a répondu aux requérants qui soutenaient que le Parlement allait se trouver en situation de compétence liée en étant obligé " d'entériner des stipulations qui par hypothèse seront contraires à la Constitution " que " le législateur n'est en aucune manière tenu de donner un effet légal aux stipulations dérogatoires conclues dans le cadre de ces dispositions ". Néanmoins, dans une décision ultérieure, *Loi sur les trente-cinq heures II* ^{Note 27}, le Conseil a précisé que s'il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation, il ne pouvait remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant sauf à méconnaître l'article 4 de la Déclaration de 1789 et l'alinéa 8 du Préambule. La loi n'est donc pas totalement libre et le Conseil constitutionnel devrait prendre conscience des éventuels effets pervers des décisions qu'il a rendues à ce jour. Peut-il, en effet, raisonnablement cautionner un effacement du législateur devant les partenaires sociaux dont la légitimité n'est pas incontestable ? Peut-il admettre une redéfinition de leurs compétences respectives et un partage de l'initiative législative ? Comme d'autres auteurs nous en doutons, tout en restant persuadée que les corps intermédiaires ont un rôle capital à jouer dans notre société, mais différent.

Note 1 NOR : SOCX0300159L/Bleue.

Note 2 A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?*, in *Droit négocié, droit imposé*, ss dir. Ph. Gérard et F. Ost, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires St Louis, 1996.

Note 3 Pour paraphraser A. Supiot, *ibid.*

Note 4 JOCE n° C 368, 23 déc. 1994.

Note 5 *Ibid.*

Note 6 TPCI, 17 juin 1998, aff. 135-96 : *Dr. soc.* 1999, p. 60, note M.-A. Moreau.

Note 7 La Commission dans une communication de 1993, puis de 1996, a énoncé une série de critères permettant de déclarer une organisation syndicale représentative au niveau communautaire. Par exemple, l'adhésion doit être libre ou l'organisation doit être structurée au niveau européen.

Note 8 V. J. Gadbin, *L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire* : *RTDE* 2000, p. 41.

Note 9 *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris : Sirey, 1934, réédition : *Economica*, coll. *Classiques*, 1988, p. 53.

Note 10 V. ainsi le Livre Blanc du 25 juillet 2001.

Note 11 En ce sens, M.-A. Moreau, *préc. note (6)*, p. 56.

Note 12 *Droit social de l'Union européenne*, 2e éd., Paris : LGDJ, 2002, p. 127.

Note 13 V. H. Labayle, *Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne* : *RFD adm.* 2003, p. 443.

Note 14 CE, avis, 26 sept. 2002 : *RFD adm.* 2003, p. 465.

Note 15 Sur la question, V. P.-M. Mabaka, Remarques sur la loi constitutionnelle relative au mandat d'arrêt européen : LPA 24 juill. 2003, n° 147, p. 6.

Note 16 La réglementation " des conditions de travail ".

Note 17 Cons. const., déc. 10 juin 1998, n° 98-401 DC : Rec. Cons. const., p. 258.

Note 18 J.-E. Ray, À propos de la subsidiarité horizontale : Dr. soc. 1999, p. 461.

Note 19 Cass. soc., 7 juin 1995 : Bull. civ. V, n° 180.

Note 20 En France, la représentativité doit être prouvée par la réunion de certains critères, sauf, en cas d'affiliation à une confédération syndicale reconnue représentative par la décision du 31 mars 1966. Cette présomption de représentativité est considérée comme " porteuse d'illégitimité et source d'affaiblissement " (B. Teyssié, Droit du travail, Relations collectives, 3e éd., Paris : Litec, 2002, p. 40).

Note 21 Cons. const., déc. 20 juill. 1977, n° 77-83 DC : RJC-I, p. 50.

Note 22 Cons. const., 18 janv. 1978 : RJC-I, p. 57.

Note 23 En 1996, la Cour de cassation a, pour sa part, considéré " que le fait que l'accord national du 10 décembre 1977 ait acquis un caractère législatif du fait de son annexion à la loi... " (Cass. soc., 17 janv. 1996, pourvoi n° 93-20.066).

Note 24 V. Ann. Int. Just. Const. 2002, p. 618.

Note 25 Cons. const., déc. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, Négociation collective : RJC-I, p. 686.

Note 26 Pour de plus amples explications, V. notre thèse, Les droits constitutionnels des travailleurs, Paris : Economica-PUAM, 2003.

Note 27 Cons. const., déc. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC : Rec. Cons. const., p. 33.