

# Démocratie politique, démocratie sociale et qualité de la loi

*Jean-Emmanuel RAY*

Professeur de droit à l'Université Paris I – Sorbonne et à Sciences Po Paris

*« La souveraineté nationale appartient au peuple  
qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.  
Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »*

Article 3 de la Constitution de 1958

*« Se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur ». Dix-huit ans après le second accord interprofessionnel du 31 octobre 1995, point de départ de cette vaste redistribution des rôles, douze ans après la « Position Commune » du 16 juillet 2001, fruit de la « Refondation Sociale », le « petit droit » (conventionnel) prendra-t-il, fin 2013, sa revanche contre le « Grand Droit » (légal) ?*

S'inspirant de la subsidiarité sociale communautaire officiellement initiée par le protocole social de Maastricht puis le traité d'Amsterdam, la loi du 4 mai 2004 avait déjà énoncé dans son Préambule: *« Le Gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira 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. Le gouvernement proposera à la commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les moda-*

*lités pratiques de ce renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux»<sup>1</sup>.*

Puis en décembre 2005, Dominique-Jean Chertier s'était vu demander de mener une réflexion « permettant d'améliorer le dialogue social ». « *Pour une modernisation du dialogue social* » : prudemment rendu à l'issue du calamiteux épisode du contrat première embauche (CPE) ayant fait office de contre-travaux pratiques, où les syndicats pour une fois unanimes et donc puissants avaient fait chèrement payer au Premier ministre son absence totale de concertation préalable, cet intéressant rapport avait longuement étudié les exemples étrangers – rappelant à juste titre qu'ils ne constituent pas des « modèles » transposables – et s'inspirant directement du droit communautaire, voulait clarifier le rôle de chaque acteur dans l'élaboration des normes sociales, sous le signe d'un grand pragmatisme<sup>2</sup> : « *Il n'existe pas de solution idéale : le principe des champs séparés ne garantit pas totalement l'autonomie des partenaires sociaux. Et le principe de subsidiarité n'a pas encore fait ses preuves sur des sujets non consensuels* ».

Mais après les juges et les services de proximité, cette nouvelle application du principe de subsidiarité sociale<sup>3</sup> est bien dans l'air du temps : celui de la délégitimation de la loi. Cette loi qui, en tombant brutalement d'en haut fait preuve d'un autoritarisme désuet sinon d'un insupportable machisme, mais aussi d'une ambition démesurée en se voulant générale et impersonnelle. En nos temps de Web 2.0 et de travail collaboratif, la négociation collective apparaît consensuelle, adaptée, réactive, sinon plus féminine.

<sup>1</sup> JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.

<sup>2</sup> Voir ses pertinentes remarques sur les six temps : « *La difficulté de l'Etat à déléguer aux partenaires sociaux trouve ainsi en partie sa source dans une confrontation conflictuelle des temps, qu'on peut schématiquement représenter comme la difficulté à joindre plusieurs ensembles : le temps de la société : il est celui de l'évolution des mœurs et des modes de vie. Le temps de l'économie : il est imposé par la nécessité de se tenir en état de compétitivité avec le monde. Le temps de la politique gouvernementale : il suit le rythme des échéances électorales et s'est à ce titre potentiellement raccourci avec le passage au quinquennat. Le temps du Parlement : il s'adapte au rythme des débats et des procédures mais doit tenir compte de « l'engorgement parlementaire » (effet de file d'attente des lois). Le temps des partenaires sociaux : il est celui du sentiment de la pérennité ou de la continuité. Le temps des médias : il est celui de l'immédiateté* » (Rapport, p. 12).

<sup>3</sup> Résolution du Conseil européen du 6 décembre 1994 : « Les partenaires sociaux sont plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux ».

Qui peut être contre le mariage « démocratie politique/démocratie sociale » ? Que les partenaires sociaux contribuent à l'intérêt général, dans cette dynamique « Web 2.0 – Intelligence collective » est une excellente idée. Qu'ils le définissent même indirectement est une autre affaire. Car, *in fine*, qui représente l'intérêt général ?

## I. Le cadre constitutionnel actuel

Ces nouvelles habitudes ont parfois un peu tourné la tête des partenaires sociaux. Au niveau national, le Conseil constitutionnel a donc dû recadrer à plusieurs reprises le débat<sup>4</sup>.

1/ Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'en l'état actuel de notre Constitution, le législateur à qui il revient de fixer « les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » (article 34) ne peut se voir privé de sa fonction de rédiger les lois. Si un Accord national interprofessionnel (ANI) dûment millimétré est signé, les parlementaires peuvent toujours exercer leur droit d'amendement<sup>5</sup>, risquant alors de déséquilibrer l'ensemble d'un compromis forcément global (ex : l'article 17 est la contrepartie officielle du second alinéa de l'article 26) péniblement acquis.

2/ Mais « *la loi peut laisser aux employeurs et aux salariés le soin de préciser les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (CC, 25 juillet 1989, 23 juillet 1991, 29 avril 2004) : ce succédané conventionnel du règlement d'application se retrouve là encore en droit communautaire.

3/ Le Conseil constitutionnel est allé plus loin dans sa décision du 6 novembre 1996 : il a autorisé les partenaires sociaux à insérer dans leurs accords des stipulations touchant aux principes fondamentaux « *dès lors que cette latitude permet au législateur 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* » : éclairés du législateur ayant voté une loi expérimentale, les partenaires sociaux sont, dans cette hypothèse qui nous intéresse aujourd'hui, autorisés à empiéter provisoirement sur ses prérogatives.

<sup>4</sup> Cf. décisions du 12 janvier 2000 et du 29 avril 2004.

<sup>5</sup> Cf. Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la « loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ».

Mais sur le principe lui-même de la subordination des accords collectifs à la volonté du législateur, la décision du 13 janvier 2000 était particulièrement claire<sup>6</sup> : « *Il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier, dans un sens conforme, ou non, aux accords.* ».

## **II. La loi Larcher du 31 janvier 2007 dite de « modernisation du dialogue social »<sup>7</sup>**

L'article L. 1, donc en tête du Code du travail, dispose que :

*« Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle (...) fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.*

*À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.*

*Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation.*

*Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. »*

Entérinant une vieille pratique nationale initiée par Jacques Delors en 1969 et directement inspirée des pratiques communautaires, la loi du 31 janvier 2007 a une forte valeur symbolique au pays de Colbert et Napoléon.

<sup>6</sup> Même si, en l'espèce, c'est la loi qui a été censurée car elle n'avait pas tenu sa propre parole.

<sup>7</sup> JORF n° 27 du 1 février 2007, p.1944.

### III. Les quatre avantages de la « loi Larcher »

1. Questions de tempo. Créant nécessairement un « temps de refroidissement » comme le disent joliment nos amis italiens, ce « temps réservé » aux partenaires sociaux a deux avantages collatéraux non négligeables :

– la machine médiatique, qui s'est parfois emballée sur un projet de loi lié à une actualité aussi brûlante que ponctuelle, va lâcher cet os au profit de celui du lendemain : « *De lege non ferenda* » est en France appréciable, et sans doute plus efficace que « délégué » ensuite par la loi. Le « choc de simplification » annoncé en 2013 pourrait utilement commencer par arrêter d'empiler les textes.

– le temps de la négociation va donner aux experts du temps pour mieux réfléchir à la faisabilité du projet, à ses conséquences sociales et financières.

2. La source conventionnelle de la loi associant alors légitimité sociale et légitimité politique est source de davantage de consensus, à tous les stades. Au Parlement, députés et sénateurs des deux bords n'ont guère envie de se mettre à dos les signataires : et plus ils sont nombreux, plus le risque est grand.

En entreprise, ce texte initié par leurs confédérations est plus facilement appliqué par les militants, suscitant sans doute moins de contentieux.

3. Cette double légitimité assure au texte légal (et à ses décrets et circulaires, eux aussi étroitement concertés) une meilleure stabilité, lui évitant des modifications successives en cas d'alternance politique. Car politiquement, l'affaire devient plus délicate.

Et juridiquement, modifier la loi ne supprimera pas l'ancien ANI qui continuera à s'appliquer, avec des conflits de normes difficiles à résoudre.

4. Cette régulation apaisée peut enfin contribuer à relancer la machine économique, voire attirer davantage d'investisseurs étrangers un peu effrayés par nos « gauloises » réactions. De créatifs économistes ont même chiffré à 1 % de croissance le gain attendu d'un dialogue social moins

rugueux, but affirmé de la loi Sapin du 14 juin 2013<sup>8</sup> issue de l'ANI du 11 janvier 2013, et dont la très houleuse transposition au Parlement a montré que la méthode n'était pas forcément un long fleuve tranquille et consensuel (cf. les multiples campagnes et manifestations de FO et de la CGT).

Mais pour un privatiste, l'ANI signé dans le cadre de cette négociation « légiférante » est un OJNI (Objet Juridique Non Identifié). Contrairement à la pratique classique de négociation interprofessionnelle voulant lancer une dynamique conventionnelle dans les branches et les entreprises, il s'agit ici de prévoir des modifications du code du travail parfois très profondes (cf. ANI du 11 janvier 2013 : disparition du contrôle judiciaire des Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), modification des procédures d'information-consultation du comité d'entreprise). Cet « ANI-Chenille » qui ne naît que pour devenir « Loi-Papillon » n'a rien à voir avec un ANI classique, et l'article 34 en sort un peu « groggy ».

#### IV. La qualité de la « loi négociée » ?

Le législateur n'a pas le monopole des usines à gaz et des termes flous. Par exemple, on ne peut pas dire que la loi de transposition du 4 mai 2004<sup>9</sup> soit un modèle de clarté et d'intelligibilité, même si le Conseil Constitutionnel l'a absoute sur ce terrain :

*« Considérant que si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la Position Commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi »<sup>10</sup>.*

Issue de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi n'est pas non plus un modèle de formules courtes et pédagogiques à la Portalis... Mais comment pourrait-il en être autrement dans notre monde de plus en plus complexe, pour un texte issu d'une

<sup>8</sup> Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

<sup>9</sup> Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.

<sup>10</sup> Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 : Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

négociation millimétrée à huit et non à deux partenaires. Ainsi « la partie patronale » est-elle composée de trois syndicats dont les intérêts ne sont pas toujours convergents. Quant aux syndicats de salariés, on se remémore la guerre qu'ont déclarée aux signataires la CGT et FO : Léon Jouhaux<sup>11</sup> a dû apprécier.

## V. Faut-il constitutionnaliser la « négociation légiférante » ?

Sans parler d'un singulier retour à un néo-corporatisme, ce processus doit-il être constitutionnalisé comme le souhaite une improbable alliance MEDEF – François Hollande ? En caricaturant, le premier veut, grand classique quand la gauche arrive au pouvoir, que l'État lâche les entreprises effectivement paralysées par des couches successives de contraintes.

Premier Président français vraiment social-démocrate, le second veut certes rendre hommage aux « corps intermédiaires » vilipendés par son prédécesseur en fin de mandat (*cf.* les très médiatisées « Grandes Conférences sociales » de juillet 2012 puis juin 2013, tenues au Conseil économique, social et environnemental). Mais essayer aussi de les impliquer – les mouiller – dans des réformes pas forcément populaires.

Car Candide aurait remarqué qu'avec la fin des Trente Glorieuses, le grain à moudre s'est fait rare et qu'il faut désormais organiser les retraites du social. Que « si la victoire a mille pères, la défaite est orpheline ». Que si, au cours des Trente Glorieuses la puissance publique avait été en France le grand organisateur de la conquête de toujours plus d'avantages sociaux financés par une remarquable croissance, elle se délesterait aujourd'hui volontiers de cette lourde charge politique en laissant les partenaires sociaux « faire le sale boulot ». Le mistigri du social, en repli, faute de croissance.

Et sur le thème : « Qui fait la loi sociale en France ? », il se serait enfin étonné de l'absence du juge et plus particulièrement de la Cour de Cassation qui, comme elle l'écrit dans son rapport annuel publié en juin 2013 : « *Il ne peut être nié que la jurisprudence est une source créatrice de droit, spécialement sur des contentieux où les textes applicables sont soit inexis-*

<sup>11</sup> Grand syndicaliste français (1879-1954), membre de la Confédération générale du travail (CGT) de 1909 à 1947, puis fondateur et président de la Confédération générale du travail – Force ouvrière (CGT-FO) dès 1947.

*tants, soit particulièrement vagues quant à leurs conditions d'application*». À l'instar du droit communautaire et du rôle majeur de la CJUE, le droit du travail français avance depuis vingt ans à coup d'arrêts.

Le projet de révision constitutionnelle relatif à la démocratie sociale et rendu public en mars 2013 dispose à son article 1<sup>er</sup> que :

*« Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme »<sup>12</sup>.*

Ce projet ne change pas radicalement la donne, en définissant par exemple un domaine réservé aux partenaires sociaux, il n'impose rien au législateur : il s'agit simplement d'inviter les partenaires sociaux à négocier et éventuellement à signer, sans engagement sur la suite. Contrairement à la pratique communautaire, en France, Gouvernement et Législateur garderont tous deux les mains libres : si un accord national interprofessionnel est signé, il peut – et non doit – être repris, et le cas échéant modifié par le Parlement. Ce qui évidemment contrariera vivement les signataires qui avaient négocié trois heures l'article 32, nécessaire contrepartie de l'article 18... qui vient d'être supprimé par voie d'amendement, détruisant le subtil équilibre forcément global d'un tel accord.

Or, plusieurs problèmes se posent :

1/ Accord interprofessionnel positivement majoritaire à plus de 50 % des syndicats signataires ? Forcément unanime ? Le seuil légal minimum est, depuis août 2013, de 30 % : mais on voit mal la légitimité d'une loi reprenant un accord minoritaire (ex : CFDT + CFTC = 40 %), promettant des amendements sévères en forme de « troisième round » à l'Assemblée nationale, et donc un rude désaveu des signataires.

À l'inverse, en cas d'accord unanime, si juridiquement rien ne change, politiquement ce sera une autre affaire si l'accord n'est pas strictement transposé.

<sup>12</sup> Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale, texte n° 813.

2/ Si le Gouvernement « oublie » cette première phase sociale (« sauf urgence », ce qui laisse de la marge), le Conseil Constitutionnel pourrait désormais recaler sur ce seul motif une loi entière en droit du travail.

Il est donc peut être urgent d'attendre que partenaires sociaux, Gouvernement et Parlement s'approprient l'article L. 1 issu de la loi Larcher de 2007, avant de faire ce « grand bond en avant ».