

Depuis 1983, les saisines sont publiées à la suite des décisions du Conseil constitutionnel. Il en va de même, depuis 1994, des observations en réponse présentées par le Gouvernement.

Il a paru opportun de porter à la connaissance du public, avec l'autorisation de leurs auteurs, certains mémoires en réplique des requérants, et lorsqu'il y a lieu, les observations du Gouvernement qu'ils ont suscitées, parmi les plus intéressants.

Ainsi, on pourra trouver ci-dessous, la réplique des députés requérants aux observations du gouvernement sur la saisine portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

Décision n° 98-401 DC

Réplique des députés requérants aux observations du gouvernement sur la saisine portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

I - Concernant le grief d'incompétence négative du législateur

A titre général et préliminaire, il convient de rappeler que l'incompétence négative du législateur peut revêtir deux formes.

Tout d'abord, elle peut consister dans le fait pour le législateur de ne pas exercer en l'épuisant la totalité de sa compétence constitutionnellement définie, que ce soit de manière générale ou en ce qui concerne plus précisément le domaine des droits et libertés fondamentaux. Sur ce premier point, le Gouvernement présente des observations peu convaincantes, pour des raisons qui vont être exposées, et qui laissent finalement entier le problème du caractère suffisant de la protection du législateur en l'espèce des droits et libertés, qu'il s'agisse de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété ou encore du principe d'égalité.

Mais l'incompétence négative consiste aussi dans l'insuffisante précision de la loi en tant qu'elle ne prend pas en compte la portée des dispositions qu'elle édicte au regard de l'environnement juridique du texte, notamment en ne modifiant pas ni en n'adaptant des dispositions pertinentes d'autres lois directement ou indirectement concernées. Sur ce deuxième point, force est de constater que le Gouvernement n'apporte aucune réponse.

A - Concernant le premier point, il est significatif de constater que le Gouvernement met lui-même l'accent sur un des points faibles du texte voté, à savoir l'incompétence négative du législateur puisqu'il choisit de répondre d'abord sur ce point.

Il est également intéressant de souligner que pour la première fois sans doute, le secrétariat général du Gouvernement ne se contente pas d'affirmer que le législateur est bien allé jusqu'au bout de sa compétence: il s'efforce de démontrer longuement pour s'opposer à l'argumentation des requérants qu'il revient bien au pouvoir réglementaire de compléter les dispositions de la loi. La question posée est donc de savoir si, comme l'affirme le Secrétaire général du Gouvernement, la compétence réglementaire a l'étendue qu'il lui prête.

De ce point de vue, la première constatation à faire est que le Gouvernement défend sa propre compétence, ce qui paraît d'autant plus étonnant qu'il s'agit de démontrer la constitutionnalité d'un texte législatif, en s'appuyant sur une "jurisprudence ancienne" (voir par exemple à deux reprises p. 8 des observations du Gouvernement).

Et effectivement, le Gouvernement cite des décisions du Conseil Constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat des années soixante dix, voire des années soixante. Or justement le problème est là: cette argumentation est datée. Depuis trente ans, la position du Conseil Constitutionnel - et même celle du Conseil d'Etat - a considérablement évolué dans le sens d'un renforcement constant de la compétence législative, notamment en matière de droit du travail et de la sécurité sociale.

En outre, l'appréciation donnée par le mémoire en réponse de la portée des deux arrêts du Conseil d'Etat cités p.5 apparaît tout à fait discutable, l'argumentation consistant en définitive uniquement en ce que le juge administratif n'a pas soulevé d'office l'exception d'illégalité du décret en question dans ces espèces.

La conception du domaine réglementaire que défend le Gouvernement n'a plus cours.

Ainsi demande-t-il aux requérants à un moment donné d'établir à quelle rubrique de l'article 34 se rattache la compétence législative invoquée par ceux-ci. Or, il y a très longtemps que le Conseil constitutionnel ne se contente pas de se référer à cet article pour définir la compétence du législateur. Qui plus est, il est bien connu que dans une décision qui date déjà de seize ans (réforme de planification, 82-142 DC du 27 juillet 1982, RJC I-128) il n'a invoqué aucun texte pour admettre que la planification - matière dont on chercherait vainement la trace dans les rubriques de l'article 34 de la Constitution - relève bien de la compétence du législateur.

D'ailleurs, l'article 34 de la Constitution réservant à la loi les garanties fondamentales des libertés publiques offre un fondement certain pour l'intervention du législateur en matière d'aides. Comme il a été dit, celles-ci portent atteinte à la liberté d'entreprendre qui constitue, depuis la décision du 16 janvier 1982, une liberté fondamentale. En conséquence, le législateur est bien compétent pour définir le régime des aides, et ce sur la base d'une disposition explicite de la Constitution. D'autre part, les énoncés de l'article 34 prévoyant que la loi fixe les principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale viennent renforcer la compétence législative. En effet, l'octroi de l'aide apparaît comme une contrepartie de la modification des conditions de travail, et est attribué sous forme de compensation aux cotisations sociales. Il en résulte que ces deux alinéas de l'article 34 de la Constitution sont eux aussi concernés par le dispositif législatif visant à la réduction du temps de travail.

Or, force est de constater l'insuffisance du contenu législatif du point de vue de l'étendue de la compétence législative exigée par la Constitution. Dans une décision 176 L du 10 mars 1994, le Conseil constitutionnel a nettement défini le rôle du législateur en matière d'aides. Il en ressort que le Parlement est compétent pour définir les éléments essentiels de l'aide, le gouvernement ne pouvant que participer à sa mise en oeuvre.

S'agissant de la loi déferée, celle-ci renvoie trop largement au pouvoir réglementaire et à la convention collective. Le législateur se contente de fixer le principe de la réduction du temps de travail, sans prévoir aucunement les modalités d'application et d'accompagnement essentielles. Les partenaires sociaux disposent d'un pouvoir inconditionné. Tant et si bien que si la négociation collective n'aboutit pas dans le délais impartis par le législateur (les partenaires sociaux n'ayant pas d'obligation de résultat, cette hypothèse est tout à fait envisageable) la réduction du temps de travail apparaît comme absolument inapplicable. C'est cette partie de la loi que doit censurer le Conseil.

D'autre part, l'octroi de l'aide financière apparaît étroitement conditionnée par la convention collective. Ainsi, les modalités essentielles de cette aide ne sont donc pas fixées par le législateur. C'est finalement la convention collective qui va définir le champ d'application de la loi.

La jurisprudence dite des incompétences négatives proscrit justement que le champ d'application de la loi soit à la merci d'une autorité subordonnée (G.DRAGO, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, *Economica* 1991, p.301).

Autre remarque de portée générale : le fait que le législateur ait, par le passé, procédé à des renvois au pouvoir réglementaire dans des circonstances semblables (voir pp.9 et 10 des observations) est sans effet dès l'instant que le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de ces renvois.

De la même manière, le fait que le Conseil d'Etat statuant au contentieux "n'ait jamais contesté la compétence du pouvoir réglementaire pour instituer des aides" n'est pas un élément déterminant car s'il n'y a pas de désaccord entre les jurisprudences des deux hautes juridictions, il est certain que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne consacre pas nécessairement les mêmes critères que celle du Conseil d'Etat. Qui plus est, la jurisprudence citée a trait à des textes réglementaires pris au début ou au milieu des années soixante dix, ce qui renforce l'objection portée plus haut, à savoir qu'il s'agit de questions anciennes.

De surcroît, il faut bien garder à l'esprit la double dimension fondamentale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement. D'une part, cette jurisprudence a conduit à une évolution générale largement favorable à la compétence législative, et ce dans tous les domaines et toutes les matières, par le biais de notions et de techniques communes à ces dernières. Il ne faut pas manquer d'ajouter également le changement considérable

dans la perspective même de cette répartition normative introduit par la décision 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des revenus et des prix, RJC I-130, qui relativise de manière radicale l'idée même du partage normatif, aboutissant ainsi aussi à une exigence plus grande dans l'étendue de la compétence du législateur et de l'épuisement de celle-ci par celle-là. En effet, et d'autre part, la deuxième dimension fondamentale de la jurisprudence est en quelque sorte la validation dynamique de "l'acquis législatif", en ce sens que le juge constitutionnel prend toujours comme point de départ l'état de la répartition normative au moment de son examen, et dès son origine (cf. 59-1 FNR du 27 novembre 1959, RJC III-1), jurisprudence aujourd'hui largement dépassée. Dès lors, la référence à des décisions des années soixante ou soixante-dix, ainsi qu'il a été dit, apparaît tout à fait inopérante.

En outre, il demeure que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il admet que la détermination des modalités de mise en oeuvre des principes fondamentaux posées par le législateur comme relevant de sa compétence constitutionnelle (ce qui est le cas pour le droit du travail, selon l'article 34 al. 15 de la Constitution), n'y consent que dès lors qu'il s'agit de "mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que dans leur contenu (89-269 DC du 22 janvier 1990, RJC I-392), ce qui n'est à l'évidence pas le cas dans la loi attaquée. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a admis, à ce jour et pour des raisons tout à fait conformes à la Constitution, que la possibilité pour le législateur d'intervenir, au-delà des principes fondamentaux, dans la mise en oeuvre d'une convention entre partenaires sociaux (cf. 93-332 DC du 13 janvier 1994, RJC I-567), mais pas l'inverse, c'est à dire le renvoi à la négociation entre partenaires sociaux dans des conditions et des modalités qui, au demeurant, privent cette dernière de sa portée constitutionnellement garantie.

A titre subsidiaire, on peut également conclure au caractère non fondé des observations du Gouvernement concernant l'interprétation de l'article 34 al. 15 de la Constitution. Mais l'essentiel demeure qu'une telle appréhension du problème s'avère largement dépassée, compte tenu des remarques qui précèdent et de l'extension de la technique de la catégorisation. Ainsi, il a pu être établi que le Conseil constitutionnel avait dégagé plus de quarante catégories, ce qui contribue à rendre plus obsolètes encore les observations du Gouvernement.

Dès lors, on ne peut que renouveler les remarques et objections déjà formulées. Les considérations relatives à la liberté d'entreprendre, au droit à la négociation collective et au principe constitutionnel d'égalité, qui ne peuvent être que confirmées, rendent d'autant plus nécessaire un examen attentif de ce que contient ou ne contient pas le texte: autrement dit de l'obligation faite au législateur, selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie (cf. 31-DC du 26 janvier 1967 et 40-DC du 9 juillet 1970) d'exercer complètement la compétence qui lui est dévolue par la Constitution, notamment dans son article 34 sous peine, sinon, de voir sanctionner ce qu'il est convenu d'appeler des "incompétences négatives", alors surtout que l'on se trouve dans le domaine des droits et libertés.

De manière générale, on observera, à cet égard, que beaucoup de critiques formulées contre le texte examiné tiennent à l'imprécision de nombre de ces dispositions, certains allant même jusqu'à dire, notamment lors des débats parlementaires, qu'une telle imprécision résulte d'une volonté délibérée et invoquant d'ailleurs un détournement de procédure. Sans aller jusqu'à avancer un tel argument - qui jusqu'ici d'ailleurs n'a jamais été admis en tant que tel par le Conseil constitutionnel - il est possible de relever cependant que le gouvernement a souvent répondu à ces critiques soit en renvoyant à des textes réglementaires à intervenir, soit à des négociations collectives futures.

Peuvent être citées, de manière non exhaustive, les dispositions suivantes :

- L'article 3 VI al. 3, opérant un renvoi au pouvoir réglementaire sur le point très important des aides à la réduction, alors qu'il s'agit de respecter les exigences du principe constitutionnel d'égalité (cf. nos observations ci-dessus) et selon des critères aussi imprécis que " proportion importante », « proches du salaire minimum de croissance » etc.
- L'article 3 VI al. 5, renvoyant à un décret en Conseil d'Etat la détermination des « modalités de contrôle de l'exécution de la convention avec l'Etat et les conditions de suspension de la convention, assorties le cas échéant d'un remboursement de l'aide dans le cas où l'entreprise n'a pas mis en oeuvre ses engagements ... ». Ce qui constitue en réalité, un renvoi en cascade (la loi renvoie au décret qui précise les modalités d'établissement du régime par la convention) dont la constitutionnalité n'est pas évidente, alors surtout que les mesures de suspension de la convention et de remboursement de l'aide peuvent être rapprochées de mesures de sanction.
- L'article 3 VII et VIII qui ne prévoit aucun critère ou condition d'application laissant aussi aux autorités chargées de le mettre en oeuvre, une totale liberté incompatible avec la réserve constitutionnelle de compétence du législateur.

B - Sur le deuxième point, les remarques suivantes peuvent être formulées :

Il est exact que le fait, pour la loi, de ramener à 35 heures la durée légale hebdomadaire du travail effectif, telle que prévue à l'article L. 212-1 du code du travail, n'implique pas une obligation directe et générale, pour les entreprises, de ramener les horaires pratiqués à 35 heures au premier janvier 2000.

En revanche, dans des proportions variables selon les durées du travail pratiquées, elles seront immédiatement conduites à diminuer cette durée de façon notable, et le coût du travail sera renchéri.

La durée légale du travail ne constitue, ni une durée maximale, ni une durée minimale. Ceci valait pour les 39 heures depuis le premier février 1982, et cela vaudra pour l'application de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

Les entreprises disposent d'une marge de manoeuvre, bordée par des maxima impératifs (et par les coûts de travail effectué en heures supplémentaires) d'une part, et des minima au-dessous desquels s'applique la réglementation particulière du travail à temps partiel, de l'autre.

Seuls les maxima établis par la loi ne peuvent, en principe, être transgressés : ces maxima sont :

La durée journalière maximale de travail : c'est à dire la durée de travail effectif qu'il est possible de demander à un salarié dans sa journée : cette durée est actuellement de 10 heures (8 heures pour les apprentis et les jeunes de moins de 18 ans), ceci sous réserve de dérogations correspondant à des situations particulières, à demander à l'inspection du travail.

L'amplitude journalière, notion légèrement différente puisqu'elle englobe les heures de travail effectif et les temps de repos : cette amplitude se trouve limitée, pour les femmes, par l'exigence d'un repos d'au moins 11 heures entre deux jours de travail, ce qui ramène l'amplitude à 13 heures et, pour les jeunes, l'amplitude sera de 12 heures.

La durée maximale hebdomadaire, c'est à dire la durée plafond, pendant une semaine d'une part, et d'autre part sur une moyenne, calculée sur 12 semaines : sur une semaine, l'horaire ne pourra pas dépasser un plafond de 48 heures, et sur une moyenne de 12 semaines, 46 heures. Là encore, des dérogations sont possibles.

Entre la durée légale et ces différents maxima, l'employeur dispose du champ laissé par la possibilité d'utilisation d'heures supplémentaires :

Celles-ci sont tout d'abord constituées par un « stock » de 130 heures par an et par salarié, sauf dispositions particulières - et plus restrictives -, prévues par les conventions collectives. Qualifiées d'heures à disposition libre, car non soumises à autorisation administrative, l'employeur, lorsqu'il y a recours, est simplement tenu d'informer l'administration après avoir consulté le comité d'entreprise.

En cas de besoin justifié, des heures dépassant ce contingent pourront être pratiquées, mais après accord de l'inspection du travail et dans des hypothèses qui ne correspondent pas au fonctionnement habituel de l'entreprise : travaux urgents de sauvegarde, surcroît momentané d'activité ...

Toutes ces heures supplémentaires sont majorées, aujourd'hui, à partir de la quarantième. En outre certaines, au-delà de 42 heures, (dans les entreprises comptant plus de dix salariés), ouvriront droit à repos compensateur.

D'autre part, différentes lois intervenues depuis le début des années quatre-vingt donnent la possibilité aux partenaires sociaux de déroger, par accord de branche ou d'entreprise, au principe de calcul hebdomadaire de la durée du travail en instituant des cycles, voire différentes formules de modulation, dans le souci d'une plus grande flexibilité, pour encaisser les fluctuations et les « à coups » dans les programmes de fabrication. Ces accords sont souvent accompagnés d'une réduction de la durée du travail, et / ou d'un engagement d'embauche ou de non-licenciement (cf. loi n° 96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail).

Le système va, dans certains cas, jusqu'à permettre un « lissage » des salaires sur une moyenne saisonnière ou annuelle aboutissant à un salaire constant. Ce système est complexe et assorti de toute une série de limites et de garde-fous.

Si l'on peut dire que la mesure « couperet » applicable à compter du premier janvier 2000 pour les grandes entreprises, et du premier janvier 2002 pour les petites, n'imposera pas de ramener l'horaire de travail purement et simplement à 35 heures, ce sont tous ces seuils et modalités qui seront affectés par la mesure de la réduction de la durée légale à 35 heures, sans que le législateur ne s'en soit

préoccupé, préférant inviter les partenaires à partir à l'aveuglette dans des négociations ...

Il apparaît à l'évidence qu'une entreprise dont l'horaire hebdomadaire pratiqué était de 39 heures, c'est à dire aligné strictement sur la durée légale actuellement applicable, ne pourra pas maintenir cet horaire, puisque les heures supplémentaires nécessaires par salarié seraient de 188 heures sur l'année (47, correspondant aux semaines travaillées, multiplié par 4, différence en heures) alors que le contingent reste de 130 heures.

Par ailleurs, le Gouvernement soutient que la loi se suffit à elle-même, notamment son article 1 qui n'aurait d'autre objet que de fixer le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Un tel argument est largement contestable.

Aucune indication n'est en effet fournie sur ce que sera l'environnement juridique qui accompagnera la réduction de la durée légale au 1^{er} janvier 2000. Tout au plus l'article 13 précise-t-il qu'un bilan de l'application de la loi sera dressé avant la fin 1999 qui, suivant les déclarations du Gouvernement, servira de base à la détermination de cet environnement juridique.

La seule certitude est donc que l'environnement juridique de la mise en oeuvre des 35 heures légales sera modifié avant le 1^{er} janvier 2000.

Cet environnement touche aux dispositions primordiales du titre I et du titre 2 du livre 2 du Code du travail.

Il en est ainsi du régime des heures supplémentaires dont seul l'exposé des motifs de la loi indique que pour celles comprises entre 35 et 39 heures le taux de majoration ne sera pas supérieur à 25 %.

Aucune indication n'est donnée en ce qui concerne le maintien ou non de la possibilité existant aujourd'hui de déroger en hausse ou en baisse au contingent légal d'heures supplémentaires (article L. 212-6 du Code du travail). Il en est de même sur le sort du repos compensateur à 100% dû au titre des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent légal (article L. 212-5-1), ainsi que sur celui de la non-imputation, sur le contingent, des heures supplémentaires dont le paiement en argent est remplacé par un paiement en temps (article L. 212-5).

Aucune indication n'est fournie sur ce qu'il adviendra des trois régimes de modulation des horaires (article L. 212-8 à 212-8-5 et L. 212-2-1). Les modulations du type 1 et 2 (article L. 21-8 et suivants) étant expressément fondées sur un horaire moyen de 39 heures correspondant à la durée légale du travail devront nécessairement faire l'objet d'une révision. La modulation du type 3 (article L. 212-2-1) exigeant obligatoirement comme contrepartie à sa mise en oeuvre une réduction du travail sera-t-elle maintenue en l'état, ce qui conduirait éventuellement les entreprises pour y avoir recours à devoir réduire leur durée du travail en dessous de 35 heures.

La durée maximale du travail (article L. 212-7) de 48 heures par semaine et de 46 heures sur douze semaines consécutives seront-elles abaissées ou maintenues ?

Ces différentes interrogations montrant à l'évidence que l'article 1 de la loi ne pourra recevoir d'application sans qu'interviennent d'autres modifications législatives.

Ces incertitudes sur l'environnement juridique au delà du 1^{er} janvier 2000 tendent à vider de portée pratique les articles 2 et 3 de la loi qui invitent les entreprises à anticiper, par la négociation collective, la réduction de leur durée effective du travail.

Comment en effet envisager de conclure un accord de réduction de la durée effective du travail sans savoir quels seront au cours de son application le régime des heures supplémentaires (volume du contingent disponible, montant des majorations, seuil de déclenchement du repos compensateur à 100%, ...), le régime de la modulation ou de l'annualisation de la durée du travail ainsi que la durée maximale du travail.

Une telle négociation est d'autant plus impossible que ces différents éléments feront nécessairement partie intégrante des négociations.

D'autres incertitudes qui viennent s'ajouter à celles-ci ne font qu'accroître l'impossibilité de mettre en oeuvre les articles 2 et 3. Ainsi, les négociateurs qui devront régler le problème de la compensation salariale totale ou partielle de la réduction du travail devraient-ils le faire sans savoir quelle compensation les pouvoirs publics appliqueront au SMIC. Le fait que le Gouvernement ait annoncé son

intention d'instituer à côté du SMIC horaire une garantie mensuelle de rémunération basée sur 39 heures ne lève ni en droit ni en fait cette ambiguïté. Cette garantie mensuelle sera-t-elle applicable ou non aux salariés dont la durée du travail aura été réduite avant le 1^{er} janvier 2000 ? Sera-t-elle applicable après le 1^{er} janvier 2000 aux nouveaux embauchés ou seulement aux salariés en place dont la durée du travail aura été réduite ? S'appliquera-t-elle proportionnellement aux salariés à temps partiel ce qui se traduirait par une augmentation de leur rémunération sans que leur horaire de travail soit modifié ? Aucune réponse ne peut être apportée à ces questions.

Enfin, l'application aux cadres des règles actuelles relatives à la durée du travail suscite de nombreuses difficultés tenant au fait que ces salariés ne sont pas embauchés pour accomplir un certain nombre d'heures de travail mais pour l'accomplissement d'une fonction.

Dès lors, comment imaginer que la négociation prévue à l'article 3 de la loi - qui prévoit que des modalités spécifiques de décompte du temps de travail des cadres pourront être arrêtées dans l'accord collectif de réduction de la durée du travail - puissent recevoir application sans que la législation en vigueur ait au préalable été modifiée.

L'ensemble de ces éléments fait apparaître que la négociation prévue par les articles 2 et 3 ne peut être sérieusement envisagée par les entreprises compte tenu des incertitudes qui pèsent sur l'équilibre économique qui les sous-tend.

S'agissant du droit de la négociation collective, il peut y avoir plus de risque à développer cet aspect qu'à laisser les choses en l'état dans la mesure où un certain nombre de branches professionnelles ou d'entreprises tireront prétexte de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures pour procéder à une remise en ordre d'un certain nombre de dispositions conventionnelles sur lesquelles elles n'avaient pu jusqu'à présent revenir.

C - Le droit comparé apporte sur ces questions un éclairage intéressant.

En droit comparé, il était traditionnellement admis que le Gouvernement disposait d'un large pouvoir pour la définition des conditions d'octroi des aides et avantages de toutes sortes au profit des entreprises. Les arguments avancés résidaient dans l'idée que ces subventions étaient difficilement compatibles avec la procédure législative, lente et lourde, par essence. S'agissant de régir des situations fluctuantes et évolutives, le recours au règlement pour définir le régime d'aides apparaissait comme nécessaire. De plus, cette utilisation du règlement trouvait une autre justification dans le peu d'importance du montant des aides octroyées, tant et si bien que le recours à la loi paraissait comme superflu.

Cette conception est désormais révolue. L'importance du domaine réservé à la loi dans les Constitutions espagnole et allemande aboutit à ce qu'aujourd'hui « l'administration de prestation » doit-elle aussi être étroitement cantonnée par le législateur. Ainsi, selon R. Garcia Macho « l'aide publique aux entreprises a une nette dimension politique et des conséquences économiques évidentes dans la mesure où, dans certains cas, elle peut concerner des secteurs essentiels de l'économie » (La reserva de ley, Ariel, Barcelone 1988, p. 187). De même, la doctrine allemande considère que les aides servies par l'Etat constituent une intervention dans la structure sociale, et donc en tant que telle, doivent relever du législateur (cf. C. Starck, *Il conceptio de ley en constitucion alemana*, CEC, Madrid 1979 p. 398). De plus, les aides sont étroitement liées à la notion d'imposition, puisque c'est souvent l'impôt qui forme la matière de l'aide et que celle-ci prend souvent la forme d'une réduction d'impôt ou d'élément assimilé (prélèvement obligatoire). Enfin la loi peut permettre d'obtenir un compromis optimum entre des intérêts contradictoires qui sous-tendent l'obtention ou le refus d'une aide déterminée par la loi et contribuer à réaliser l'égalité des entreprises quant aux conditions d'obtention des aides. L'acte législatif apparaît comme un moyen de protection contre la privation arbitraire de subventions (cf. D. Schwaze, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles 1994, vol. 1 p. 228). L'intervention de la loi est donc une garantie de la définition objective de l'octroi des aides. Plus précisément, il faut remarquer que les aides portent nécessairement atteinte à la liberté d'entreprendre, dans la mesure où elles constituent une intervention publique qui rompt l'égalité entre les partenaires économiques. Or, seule la loi peut limiter la liberté d'entreprendre et ce tant en France qu'à l'étranger (cf. JM Bano Leon « *Los ambitos des reglamento independante* » *Mélanges de Enteria*, T1 Civitas Madrid 1991 p. 457). Il en résulte que le droit comparé laisse une large place à l'intervention législative.

II - Sur le grief des atteintes à la liberté d'entreprendre

A - Concernant tout d'abord l'argument selon lequel la liberté d'entreprendre est, certes, une liberté constitutionnellement protégée,

comme corollaire du droit de propriété, depuis la décision de principe du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, mais qui supporte de nombreuses limitations lesquelles, jusqu'ici, n'ont jamais été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, il convient de rappeler que, notamment à propos de la loi n°91-32 du 12 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, le juge constitutionnel a indiqué que si « la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue » et « s'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général » c'est à « condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » (90-283 DC du 8 janvier 1991, RJC I-417).

Cette jurisprudence régulièrement confirmée par la suite appelle une double remarque : d'une part, les limitations doivent être « exigées par l'intérêt général » ; d'autre part, elles ne doivent pas dénaturer la portée de la liberté d'entreprendre. Autrement dit, il y a des limites aux limites à la liberté d'entreprendre.

B - Il convient tout d'abord de rappeler que les dispositions législatives limitant la durée du temps de travail sont traditionnellement motivées par des considérations de protection sociale conformes à l'intérêt général. Ce fut par exemple le cas pour l'instauration des congés payés de 1936 mais aussi pour le passage de 40 à 39 heures de travail hebdomadaire en 1982 où la protection du salarié et le droit au temps libre étaient les principaux arguments invoqués en faveur de cette limitation de temps de travail. Par ailleurs, en droit comparé, de nombreuses cours européennes (Italie, Autriche ...) considèrent que la protection du salarié est reconnue comme le seul but constitutionnellement légitime et propre à justifier des restrictions à la liberté d'entreprendre.

Alors qu'interdire aux entreprises de faire travailler des enfants, des femmes ou, d'une manière générale, des adultes au-delà d'un certain nombre d'heures, à des fins de protection sociale produit des effets immédiats dont l'existence n'est pas liée à la réussite d'une politique économique, les effets de la réduction du temps de travail sur le chômage, unique motivation de cette loi selon ses auteurs, sont beaucoup plus difficiles à appréhender.

C - Les limitations à la liberté d'entreprendre doivent rester, en application d'une jurisprudence constante, dans certaines limites afin de ne pas dénaturer cette liberté même. Or, on peut raisonnablement se demander si ces limites n'ont pas, en l'espèce, été franchies.

On notera tout d'abord que la liberté d'entreprendre a pour fondement, selon le Conseil constitutionnel, l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et selon l'article 5 de la même déclaration « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ».

Il est bien évidemment exclu de considérer que la réduction du temps de travail est en soi contraire à la liberté d'entreprendre. Même la Cour suprême des Etats-Unis a renoncé à une jurisprudence établie au début du siècle selon laquelle la limitation du temps d'ouverture des boulangeries était contraire à la Constitution.

Mais la question est de savoir jusqu'où peuvent aller les limitations à l'exercice de la liberté d'entreprendre.

Ainsi, chacun estimerait sans nul doute que fixer la durée légale hebdomadaire du temps de travail à 25 heures mettrait gravement en cause cette liberté et atteindrait sa substance même : la question peut donc être posée du seuil en deçà duquel la liberté d'entreprendre serait dénaturée. Et ce seuil doit être envisagé compte tenu, il est vrai, du contexte économique et social comme de l'environnement international. Or, on peut aisément constater que dans aucun pays, une telle limitation (à 35 heures) n'a été imposée de manière générale.

L'ensemble des observations qui précèdent fait donc déjà douter de l'orthodoxie constitutionnelle du texte examiné alors surtout que, comme l'a bien souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision capitale du 16 janvier 1982, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre ne doivent pas subir d'atteintes trop fortes, sous peine de changer la nature même de l'Etat. Certes, il y a longtemps qu'a été abandonnée une conception purement libérale de l'organisation de la vie en société ; mais notre système constitutionnel ne pourrait s'accommoder d'une conception dirigiste de celle-ci.

III - Concernant l'aspect non normatif ou inopérant de certaines dispositions de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail

Les observations relatives au manquement du législateur à son obligation d'exercer pleinement sa compétence doivent en effet être complétées et sont renforcées par d'autres remarques et critiques concernant le caractère non normatif ou inopérant de certaines

dispositions du texte examiné.

Cette jurisprudence a été inaugurée par la décision précitée du 27 juillet 1982 relative à la réforme de la planification (82-142 DC, RJC I-129) dans laquelle le Conseil constitutionnel déclare que certaines dispositions de la loi « sont dépourvues de tout effet juridique et (...) en raison même de leur caractère inopérant, n'ont pas à faire l'objet d'une déclaration de non-conformité » (considérant 8).

L'application de cette jurisprudence devrait conduire à considérer comme « inopérant », c'est à dire sans effets juridiques, un certain nombre de dispositions du texte examiné telles que :

- L'article 2 : la formule choisie (« sont appelés à ») assez inédite dans le style législatif français, semble illustrer clairement l'absence d'effet normatif possible de cette disposition, pour deux raisons au moins. La première tient à sa trop grande imprécision : le degré de l'obligation imposée aux organisations salariales et patronales est très flou, et quelque peu contradictoire avec d'autres dispositions du texte, elles plus explicites (cf. article 3 II : négociation par entreprise ou établissement) ; par ailleurs, l'objet de la négociation prévue (« modalités d'éducation effective de la durée du travail adaptées aux situations des branches et des entreprises ») est extrêmement vague, compte tenu que c'est la loi qui détermine l'essentiel (la durée) et que la négociation se trouve largement dépourvue d'objet ou inconstitutionnelle dans ses effets (cf. infra).
- L'article 3 I : au regard notamment des exigences du principe constitutionnel d'égalité, la formule « ... peuvent bénéficier d'une aide dans les conditions ci-après » ne saurait être entendue que comme une obligation et non une faculté pour les organes d'application de la loi, faute de quoi le législateur violerait la Constitution, d'une part en instituant un mécanisme n'assurant pas dans des conditions satisfaisantes le respect du principe d'égalité, d'autre part en demeurant en deçà de sa compétence.
- L'article 3 VII : « le dispositif d'appui et d'accompagnement » que prévoit cette disposition envisage l'intervention possible, dans des termes extrêmement vagues, des régions sans que l'on sache si cette possibilité correspond à un rappel ou un élargissement des mécanismes existants (prime régionale à l'emploi) ou s'il s'agit véritablement d'une compétence nouvelle ; en particulier au regard de l'état de droit en la matière depuis les lois du 6 février 1992 et du 4 février 1995. Une telle formule apparaît beaucoup trop imprécise, compte tenu surtout des exigences résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la conciliation du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales et du principe constitutionnel d'égalité (cf. 84-185 DC du 18 janvier 1985, RJC I-207 et surtout 93-329 DC du 13 janvier 1994, RJC I-562).

On notera aussi que, comme dans la décision précitée de 1982, la précision d'une nouvelle loi à intervenir devrait être déclarée sans effet juridique car « une loi ne peut toujours et sans condition (...) abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger » (82-142 DC).

IV - Concernant le grief relatif à la sécurité et la clarté juridiques

Force est en effet de constater que les vices d'inconstitutionnalité ne font qu'accroître l'incertitude dans laquelle sont plongées les entreprises et leurs salariés auxquelles s'applique le texte examiné du fait de l'absence de clarté des dispositions du texte.

Cette absence de clarté a été, à maintes reprises, dénoncée lors des débats parlementaires et en dehors de l'enceinte du Parlement. Beaucoup de points restent aujourd'hui en suspens :

- la loi est ainsi muette sur la proratisation ou non de l'aide allouée aux entreprises la première année ; De même, la question des heures supplémentaires reste en suspens au moins jusqu'au vote de la seconde loi fin 1999 ;
- Le passage aux 35 heures sans perte de salaire instaure mécaniquement un nouveau taux horaire plus avantageux que celui des salariés à temps partiel (s'ils ne bénéficient pas de la réduction du temps de travail), ce qui sera sans nul doute une véritable source de complexité pour les responsables du personnel ;
- L'instauration de fait d'un SMIC horaire et d'une garantie horaire mensuelle aura aussi de lourdes conséquences sur la vie des entreprises mais aussi sur l'égalité des droits des salariés.

Cette simple énumération de questions non exhaustive montre bien que le texte voté est obscur et partiel.

Or, il peut être soutenu que ceci est contraire à la Constitution comme l'a affirmé de manière générale et avec son autorité d'ancien membre du Conseil constitutionnel, M. François LUCHAIRE (dans « La protection constitutionnelle des droits et libertés », p. 411) « le Conseil constitutionnel paraît étendre à toutes les lois l'obligation d'être claire et précise » qui selon lui peut être tirée de l'article 34 de la Constitution. A partir de la décision « Nationalisations » du 16 janvier 1982 (RJC I-104) dans laquelle le Conseil constitutionnel répondant à des reproches d'imprécision et d'obscurité du texte, écarte au fond ces arguments en estimant que les «

dispositions critiquées sont suffisamment claires et précises et ne contreviennent pas aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution », il affirme qu'on peut en déduire a contrario qu'une disposition trop obscure ou trop indéterminée serait contraire à la Constitution ».

Certes, le Conseil constitutionnel a bien indiqué dans sa décision du 3 septembre 1986 (86-216 DC, *Entrée et séjour des étrangers*, RJC-I-281) qu'« il ne lui appartient pas de faire porter son contrôle sur des critiques d'ordre rédactionnel qui sont sans rapport avec des dispositions constitutionnelles » (§ 19). Mais, d'une part, les reproches faits à la présente loi vont bien au-delà de « critiques d'ordre rédactionnel » (ce qui était visé était en réalité des erreurs d'ordre matériel) et d'autre part, comme le souligne un commentateur avisé (Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-PUAM 1997, pp. 273-274) « cette formulation implique que de telles critiques seraient recevables dans le cas où la mauvaise rédaction de la loi entraînerait une violation de la Constitution ».

Cette analyse, déjà bien assise, il y a une dizaine d'années, est aujourd'hui solidement confortée par le développement de la jurisprudence précitée relative à la sanction des incompétences négatives. Et son application à l'espèce est d'autant plus souhaitable que le texte voté, comme on l'a vu, est susceptible de provoquer un bouleversement de grande ampleur au sein du système des relations du travail.

Il peut être soutenu en outre que cette absence de clarté est d'autant plus critiquable qu'elle nuit évidemment à la sécurité juridique. Certes le Conseil constitutionnel n'a pas consacré expressément la valeur constitutionnelle du principe de *sécurité juridique* ; mais on notera que dans l'une de ses dernières décisions (97-391 DC, 7 nov. 1997, RJC I-719), il n'a pas écarté cette éventualité et que cette consécration est fortement souhaitée par la doctrine, notamment par le président François LUCHAIRE qui déclarait dès 1987 : « le droit à la sécurité juridique est bien inclus dans la « sûreté » dont l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (*op. cit.*, p. 411) ; ainsi que par d'autres auteurs qui y voient un principe matriciel » (B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D., chron. 1995, p. 211. Voir aussi : L. FAVOREU, « Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ? » D. chron. 1995, p. 82).