

La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité

(à propos de la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel)

par Bertrand MATHIEU, Agrégé de droit public,
Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. L'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi

- A) La formulation de l'exigence constitutionnelle et sa portée
- B) La mise en œuvre de cette exigence
- C) Une exigence spécifique en matière pénale : le principe de légalité des délits et des peines

II. Le respect du principe de la liberté d'entreprendre

- A) La portée des principes de la liberté d'entreprendre et du droit au travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel
- B) Les conditions concrètes de la protection du principe de la liberté d'entreprendre

III. Les autres principes invoqués dans la décision

- A) Les autres questions de constitutionnalité soulevées par les requérants
- B) Les questions de constitutionnalité soulevées d'office par le Conseil constitutionnel

La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de modernisation sociale (1) doit être inscrite dans la catégorie des décisions à fort impact médiatique car à fort enjeu politique. Politique, la saisine du Conseil l'était incontestablement, alors que cent vingt deux sénateurs et cent cinquante huit députés de l'opposition parlementaire s'y sont associés. Dans un contexte politique marqué par des échéances majeures et s'agissant d'une loi relative au droit social, et plus spécifiquement au droit du licenciement économique, la décision du Conseil a été au centre d'une polémique menée essentiellement par la majorité parlementaire, et notamment par le parti communiste, promoteur de la disposition relative à la définition du licenciement économique censurée par le Conseil, mais aussi par l'opposition qui a fait de la censure partielle du projet de loi un argument électoral. Est-ce à dire que cette décision est une décision politique ? Nous ne le pensons pas. En effet, sur le plan juridique, la décision rendue par le Conseil constitutionnel, qui ne censure que l'une des dispositions de la loi qui lui était soumise, s'inscrit dans une double évolution jurisprudentielle dont la décision commentée n'est qu'une étape. Il s'agit d'une part du développement d'une jurisprudence constitutionnelle tendant à réécrire, interpréter, voir compléter des dispositions législatives peu claires ou porteuses d'inconstitutionnalités potentielles et d'autre part de la réévaluation de la portée du principe de la liberté d'entreprendre. Les requérants ne s'y étaient pas trompés qui avaient essentiellement articulé leur argumentation autour de ces deux axes. Nous les traiterons ici successivement, le Conseil lui-même ayant analysé les dispositions de la loi qui lui était soumise à partir de ces deux exigences : la clarté de la loi et la liberté d'entreprendre. D'autres arguments plus secondaires seront analysés *in fine*.

(1) Les principaux extraits sont publiés dans la partie "Document" de ce numéro.

I.

L'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi

Le développement par le Conseil constitutionnel d'une jurisprudence intégrant les exigences relatives à la sécurité juridique marque une sensibilité accrue à ce principe, probablement sous l'influence des jurisprudences européennes (2). Le caractère général de cette exigence offre aux requérants une large possibilité de critiquer la loi déférée. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de ce principe paraît cependant opportune alors que la crise de la loi, si souvent relevée est, notamment, l'un des effets de sa médiocre qualité technique (3). Cette reconnaissance est également juridiquement fondée. En effet le droit des droits fondamentaux conduit à mettre l'accent au moins autant sur les mécanismes de garantie de ces droits que sur leur protection substantielle. En ce sens, comme le relève le Conseil, la clarté de la loi et son intelligibilité relèvent d'une exigence constitutionnelle au titre des articles 34 de la Constitution et 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789. Le contrôle du respect par le législateur de ces exigences revêt une dimension particulière dans la présente décision. Par ailleurs ces exigences prennent, en matière pénale une importance particulière fondée sur des dispositions spécifiques, celles résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

A - La formulation de l'exigence constitutionnelle et sa portée

Cette jurisprudence s'inscrit dans le droit fil de la décision 99-421 DC (4). Elle conduit à distinguer le principe de clarté de la loi fondé sur l'article 34 de la Constitution et l'objectif d'intelligibilité déduit de la Déclaration de 1789. Le principe de clarté relève de l'exercice par le législateur de sa compétence. Chargé par l'article 34C de fixer les règles et de déterminer les principes fondamentaux dans un certain nombre de domaines, le législateur ne remplit cette mission constitutionnelle que si ces règles et ces principes sont clairement énoncés. En ce sens, l'exercice par le législateur de ses compétences exige que les dispositions qu'il édicte ne soient pas contradictoires ou incohérentes (5), ou imprécises. Ainsi, dans la décision 2000 - 435 DC, le Conseil censure des dispositions limitant la portée du principe de la liberté d'entreprendre en estimant qu'elles ne sont pas énoncées de façon claire et précise. Cette exigence est, en principe, objective. Par ailleurs, l'intelligibilité, donc l'accessibilité du droit est un objectif constitutionnel. Cet objectif s'impose pour le respect de certains principes, la liberté (articles 4 et 5 de la DDHC), l'égalité devant la loi (article 6 DDHC) et pour la garantie des droits protégés en général (article 16 DDHC). Relevant de la catégorie des objectifs constitutionnels, la contrainte qui pèse à ce titre sur le législateur est à la fois plus étendue et plus faible. Plus

étendue, car elle exige que le droit soit non seulement cohérent mais aussi compréhensible ; plus faible, car elle n'impose pas au législateur une obligation de résultat (le droit applicable peut être complexe), mais de moyen (faire en sorte qu'il ne le soit pas inutilement). Ces deux exigences engendrent un contrôle différent de la part du Conseil. C'est essentiellement au regard du principe de clarté, issu de l'article 34C, que le Conseil contrôle et valide les dispositions dont il est saisi. En revanche la prise en compte de l'objectif d'intelligibilité de la loi va conduire le Conseil à interpréter la loi, justement pour la rendre intelligible, là où il estime qu'elle ne l'est pas. Par ailleurs, la clarté et l'intelligibilité de la loi doivent garantir aux justiciables et aux administrés qu'une interprétation correcte de la loi assurera le respect de leurs droits et libertés constitutionnels. C'est ainsi la mission des autorités administratives et juridictionnelles d'assurer une application de la loi conforme aux exigences constitutionnelles qui est rappelée par le juge constitutionnel. En ce sens, le Conseil met l'accent sur l'autorité des réserves qu'il est susceptible de formuler. Cette affirmation, s'agissant notamment des juridictions, sonne également comme un rappel de la fonction protectrice de la loi face au développement d'un droit essentiellement jurisprudentiel, potentiellement source d'insécurité juridique. La portée de ces exigences et leur incidence sur le contrôle de constitutionnalité sont formulées dans la décision commentée dans un considérant de principe qui formalise la règle constitutionnelle : « *Il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire de la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ; qu'il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution* ». Par ailleurs, le Conseil précise que

(2) Sur cette question, cf. le dossier sur la sécurité juridique publié dans le n° 11 des Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2001.

(3) Cf. notamment, B. Mathieu, La loi, Dalloz, 1996.

(4) Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Les Petites Affiches, 2000, n° 150.

(5) Décision 2000 - 437 DC, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Les Petites Affiches, 2001, n° 153.

l'intervention de modifications rapprochées dans le temps d'une même disposition législative ne porte pas atteinte à la clarté et à l'intelligibilité de la règle applicable (consid. 101).

Le Conseil avait déjà très largement usé de ces directives d'interprétation (comment la loi doit être interprétée pour être conforme à la Constitution) ou d'application (comment la loi doit être appliquée par les autorités administratives et les juges) dans sa décision relative au « pacs » (6). Il avait alors procédé à une véritable réécriture de certaines dispositions de la loi afin de les faire échapper à une censure. Dans la décision commentée, les réserves du Conseil ont également le même objet, mais elles prennent en quelque sorte la forme d'une « consultation » sur le droit applicable à la suite de l'intervention des nouvelles dispositions législatives. De manière schématique, le processus du contrôle est le suivant : les requérants arguent du fait que la loi ne répond pas aux exigences de clarté et d'accessibilité car elle laisse irrésolues un certain nombre de questions. Dans son mémoire en réponse, le gouvernement se livre à une explication relative au droit applicable en combinant le droit existant et les nouvelles dispositions législatives, et en se référant, le cas échéant, aux travaux préparatoires de la loi. Le Conseil valide (le plus souvent) cette interprétation et la reprend à son compte de manière à ce qu'elle s'impose aux autorités administratives et juridictionnelles. Ainsi la loi ne peut être lue et appliquée qu'accompagnée de l'analyse qu'en fait le Conseil.

B - La mise en œuvre de cette exigence

Concrètement plusieurs de ces interprétations méritent d'être relevées.

L'article 96 de la loi vise la subordination de l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises où la durée du travail est fixée à un niveau supérieur à 35 heures ou à 1600 heures sur l'année, à la conclusion préalable d'un accord collectif sur la réduction du temps de travail ou, à défaut à l'engagement par l'employeur de négociations tendant à la conclusion d'un tel accord. Le Conseil avait censuré une disposition législative similaire dans sa décision 99 - 423DC. Il avait alors invoqué le caractère imprécis de la loi s'agissant des effets d'une inobservation de ces exigences, concernant notamment la validité du plan social et le sort des procédures de licenciement subséquentes. En effet, la Cour de Cassation avait interprété l'article 321-4-1 du Code du Travail comme signifiant que la nullité du plan visant le reclassement des salariés et s'intégrant au plan social entraîne la nullité des licenciements subséquents et la réintégration des salariés concernés (7). Le nouveau texte soumis au Conseil n'est pas plus précis, sous réserve qu'il ne fait plus référence au caractère sérieux et loyal de l'engagement de négociation par l'employeur et qu'il

prévoit une nouvelle procédure permettant au Comité d'entreprise ou aux délégués du personnel de saisir le juge des référés pour faire respecter cette nouvelle obligation. Cependant les requérants considéraient que ces nouvelles dispositions étaient ambiguës au regard de l'hypothèse suivante : à supposer que la procédure devant le juge des référés n'ait pas été engagée et qu'ultérieurement la carence de l'employeur relativement à la conclusion d'un accord sur la réduction du temps de travail soit invoquée à l'occasion d'un contentieux ultérieur portant sur la validité du plan de sauvegarde de l'emploi, quel doit être le sort réservé aux licenciements subséquents ? Cette hypothèse est identique à celle qui a justifié la censure du Conseil dans la décision 99-423 DC. En effet l'on aurait pu considérer que le respect par l'employeur de ses obligations relatives à l'accord sur la réduction du temps de travail est l'une des conditions de validité du plan social et donc que le non respect de ces obligations entraîne la nullité du plan social et donc la nullité des licenciements subséquents, dans le sens de la jurisprudence « Samaritaine », précitée de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation Or le Conseil valide la disposition considérée au prix d'une interprétation plus restrictive du dispositif législatif. Partant du principe selon lequel les nullités ne se présumant pas, et s'appuyant sur le fait que le législateur a expressément limité le champ de la nullité de la procédure de licenciement à l'hypothèse où un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (art. 111 de la loi), il considère que la violation des obligations relatives à l'accord sur la réduction du temps de travail ne pourrait pas être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration mais seulement par l'octroi d'indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

Dans le même sens, et à propos de l'article 108 de la loi, le Conseil estime que le législateur a entendu consacrer la jurisprudence sociale selon laquelle l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. Mais il précise que le non respect de cette obligation de formation dans la cadre d'une obligation de reclassement ne peut être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement.

Cependant cette « consultation » du Conseil ne porte pas sur l'ensemble des incertitudes invoquées par les requérants. Dans un certain nombre de cas, le Conseil estime que le texte législatif se suffit à lui-même. Notamment, le Conseil estime que le législateur n'a pas, de manière générale, à expliciter les concepts ou définir les notions auxquelles il se réfère. Il en est, par exemple, ainsi du terme « restructuration » figurant à l'article 101

(6) Décis. 99 - 419 DC Chronique de jurisprudence constitutionnelle, "Les Petites Affiches", 2000 n° 148.

(7) Cass. Soc. 13 février 1997, La Samaritaine, conclusions de Caigny, note G. Couturier, Droit social 1997, p. 249, Dr. Ouv., 1997, p. 91, note P. Moussy.

de la loi. Il en est ainsi, également, des notions d'« établissement » et d'« entité économique » adoptées par l'article 97. Ces notions ont été définies dans le même sens par la Cour de cassation (Cass. Soc. 26 avril 2000) et par le droit communautaire (directive 2001/123 CE). Le Conseil constitutionnel n'a probablement pas souhaité s'immiscer dans l'interprétation du droit communautaire, laissant ce soin aux juges ordinaires.

C - Une exigence spécifique en matière pénale : le principe de légalité des délits et des peines

En matière pénale, le principe de sécurité juridique se traduit de manière spécifique par la sûreté. Ainsi l'exigence de précision et de clarté est particulièrement forte s'agissant des dispositions pénales. Elle est fondée sur l'article 8 de la Déclaration de 1789.

S'agissant de l'extension du délit d'entrave à l'inobservation des règles relative à l'information, du comité d'entreprise, préalablement à une annonce publique, des mesures susceptibles d'affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi des salariés (art. 100 de la loi), les requérants estimaient que le législateur aurait insuffisamment précisé le contenu de l'obligation sanctionnée. Le Conseil juge que le législateur a suffisamment précisé la nature de l'obligation et ses conditions de mise en œuvre.

II.

Le respect du principe de la liberté d'entreprendre

C'est en ce qu'elle déclare une disposition de la loi déferée relative à la définition du licenciement économique comme contraire à la Constitution que cette décision a connu un large écho. Le principe que le Conseil estime en l'espèce violé est celui de la liberté d'entreprendre. D'autres dispositions de la loi sont également contrôlées au regard de ce principe mais validées.

Le Conseil rappelle d'abord que parmi les principes posés tant par la Déclaration de 1789 que par le Préambule de 1946, dont la valeur constitutionnelle est reconnue par le Préambule de la Constitution de 1958, « il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ainsi que les principes économiques et sociaux énumérés par le Préambule de 1946, parmi lesquels figurent... le droit de chacun d'obtenir un emploi, et... le droit pour tout travailleur de participer par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Puis, dans un considérant de principe, il pose les conditions de conciliation entre ces différentes normes. Il précise qu'« il incombe au législateur... d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que pour poser des règles propres à assurer au mieux... le droit pour

Cependant l'insécurité juridique pouvait également être imputée à un conflit de dispositions pénales. En effet la réglementation des marchés des valeurs mobilières fait également peser sur l'employeur une obligation d'informer le public de tout élément susceptible d'avoir une influence sur le cours de l'instrument financier concerné. Le Conseil interprète le droit applicable comme signifiant que le respect par l'employeur des obligations fixées par la loi nouvelle l'exonère de la responsabilité qu'il pourrait encourir du fait du non-respect d'autres obligations incompatibles. Par ailleurs le Conseil ajoute, reprenant un argument non invoqué dans la saisine mais rappelé par le gouvernement en ses observations, que les représentants des salariés sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel.

S'agissant des nouvelles dispositions relatives au délit de harcèlement moral au travail, les requérants relevaient l'imprécision relative à la détermination des droits auxquels l'atteinte était un élément constitutif du délit. Le Conseil précise par une réserve d'interprétation que les droits dont il s'agit, effectivement non précisés par la loi déferée, doivent être regardés comme ceux énoncés à l'article L 120-2 du Code du travail. Il s'agit des libertés individuelles et collectives et des droits des personnes auxquels des restrictions ne sont pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

Avant d'analyser la manière dont le Conseil, met en l'espèce, en œuvre ces exigences, il peut être utile de revenir sur l'analyse des principes du droit au travail et de la liberté d'entreprendre, ainsi que sur leur articulation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

A - La portée des principes de la liberté d'entreprendre et du droit au travail dans la jurisprudence du conseil constitutionnel

La liberté d'entreprendre et le droit au travail ne sont en fait pas des principes de même nature. Le premier peut être considéré comme un droit-liberté, le second est un objectif constitutionnel.

1 - La liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre apparaît, dans la jurisprudence du Conseil, dès la décision 81-132 DC. Depuis cette date, elle a été de nombreuses fois proclamée. Elle est aujourd'hui rattachée à l'article 4 de la déclaration de 1789, selon lequel « la liberté consiste

à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Cette reconnaissance d'un principe constitutionnel spécifique à partir d'un énoncé général est habituelle dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles propres aux droits fondamentaux. Elle conduit le juge à déterminer des principes dérivés sur le fondement d'un principe matriciel inscrit dans le texte constitutionnel (8). Si cette liberté a été reconnue très tôt dans la jurisprudence constitutionnelle, elle a été rapidement assortie de restrictions. Ainsi dans sa décision 82-141 DC, le Conseil considère que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue. Le principe de la liberté d'entreprendre a donc toujours paru, aux yeux du Conseil, avoir une valeur plus faible que d'autres libertés. La décision 98-401 DC marque une évolution dans la jurisprudence du Conseil relative à ce principe. En effet, l'affirmation du principe de la liberté d'entreprendre n'est pas assortie de telles restrictions, même si elle pose comme préalable que le législateur peut apporter à cette liberté des "limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles". Mais il s'agit de limitations qui font entrer la liberté d'entreprendre dans le « droit commun » des principes constitutionnels. Ce traitement « normalisé » de la liberté d'entreprendre est encore plus manifeste dans la décision 2000-433 DC, dans laquelle le juge constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité classique entre le respect de la liberté d'entreprendre et d'autres exigences constitutionnelles. Une analyse similaire pourrait être faite s'agissant de la liberté contractuelle (cf. décision 2000-436 DC). Le poids que pèsent ces principes dans le cadre d'une opération de conciliation avec d'autres principes constitutionnels est donc surévalué au regard de la jurisprudence antérieure. De cette constatation, il serait possible d'extrapoler sur la prise en compte par le juge, et de manière implicite, d'une réalité où les exigences scientifiques, industrielles, commerciales traduisent le poids que représentent les considérations économiques dans les décisions politiques. Ce sont, en effet, le plus souvent des personnes morales de droit privé qui sont protégées au travers de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Ainsi les exigences économiques dont ces personnes morales sont porteuses sont non plus soumises au respect des droits fondamentaux classiques, c'est-à-dire individuels, mais conciliées avec eux.

2 - Le droit au travail

L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 contient la disposition suivante : "Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi". C'est dans la décision 85-200 DC qu'apparaît pour la première fois la référence expresse au droit d'obtenir un emploi comme principe constitutionnel. Le droit à l'emploi figure aussi dans les décisions concernant les lois relatives à la

réduction du temps de travail. Dans la première d'entre elles, le droit d'obtenir un emploi est confronté à la liberté d'entreprendre et est présenté comme un véritable objectif de valeur constitutionnelle, même si l'expression n'est pas utilisée par le juge constitutionnel (cf. décision 98-401 DC).

Si le Conseil constitutionnel n'a pas employé l'expression d'« objectif constitutionnel » pour qualifier le droit au travail, cette notion renvoie cependant assez précisément à la portée du droit et à son effectivité. Les droits sociaux dits de créance (9) ne sont pas pour l'essentiel soumis au régime juridique des droits et libertés classiques. Ce ne sont pas des droits subjectifs, c'est à dire des droits dont le titulaire pourrait invoquer directement le respect à l'encontre d'une personne publique ou d'un particulier devant un tribunal, mais des objectifs dont la prise en compte s'impose à l'Etat. Il ne faut pas pour autant considérer que ces objectifs sont dénués d'effectivité. D'une part, ils permettent au juge constitutionnel de censurer un législateur qui prendrait des mesures qui iraient à l'encontre de tels objectifs. D'autre part, ces objectifs justifient des limitations apportées à l'exercice des droits et libertés fondamentaux classiques d'essence libérale. Cependant, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ces objectifs constitutionnels n'ont pas une valeur identique à celle des principes constitutionnels dont ils visent à limiter la portée. Ainsi que le montre, par exemple, l'utilisation de l'objectif constitutionnel du droit à un logement décent dans ses rapports avec le droit de propriété (décision 98-403 DC), le contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil concernant le respect des exigences tirées de ces deux droits s'effectue différemment de l'hypothèse dans laquelle il s'agirait de concilier des principes de même valeur, ou tout du moins dotés de la même effectivité. Ainsi que le note le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, J.E. Schoettl, « *les objectifs à valeur constitutionnelle ne devraient pas, à proprement parler, être conciliés avec les droits et libertés constitutionnels mais la poursuite d'un objectif constitutionnel permet seulement au législateur de limiter la portée d'un droit ou d'une liberté constitutionnels sans en dénaturer la portée ou le sens* ». Que le Conseil n'emploie pas le terme conciliation (cf. décision 98-403 DC) ou qu'il l'utilise (comme dans la décision commentée), il ne s'agit pas d'une mise en balance d'exigences égales. S'agissant, par exemple, du droit de propriété, la poursuite d'un objectif constitutionnel tel celui du droit à un logement décent, ne permet qu'une limitation du droit d'usage d'un bien, elle ne justifie pas des atteintes au droit de propriété qui, par leur gravité, dénaturerait le sens et la portée de ce droit (cf. décision 2000-436 DC). Par ailleurs, la référence à un objectif

(8) Cf. B. Mathieu, Pour la reconnaissance de principes matriciels en matière de protection des droits fondamentaux, D. 1995, chr. p. 211.

(9) Ces droits sociaux, dits droits de créance, comme le droit au travail, le droit à la santé ou le droit à un logement décent, doivent être distingués de droits-libertés sociaux comme le droit de grève ou la

liberté syndicale qui sont des droits subjectifs d'exercice collectif. Sur le droit de grève cf. B. Mathieu, Le droit constitutionnel de la grève, Annuaire international de justice constitutionnelle 1997, *Economica* 1998, sur les droits sociaux en général, cf. V. Bernaud, Les droits constitutionnels des travailleurs, Thèse dactyl., Aix en Provence, 2001, B. Mathieu, Les sources du droit du travail, Q.S.J. ? PUF, 1992.

constitutionnel renforce la marge de manœuvre du juge qui n'exerce pas seulement un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et l'atteinte portée à un principe constitutionnel, mais aussi un contrôle de la portée de la disposition législative au regard de l'objectif poursuivi (cf. décision 2000-436 DC). Ainsi, dans la présente décision, le Conseil estime que si l'objectif du législateur est de préserver l'emploi en définissant restrictivement le licenciement économique, « *cette définition interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants* » (consid. 48).

Alors que les droits-libertés créent une obligation directe pour les particuliers (ainsi l'employeur ne doit pas porter atteinte au droit de grève ou à la liberté syndicale des salariés), la question se pose de savoir qui est débiteur des droits sociaux créances. En fait cette charge porte sur les autorités publiques (il n'existe pas pour les particuliers un devoir juridique de procurer du travail ou un logement à autrui). Mais, de fait, pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés par la Constitution, le législateur répercute cette charge sur les particuliers, en l'espèce les entreprises, afin d'assurer une certaine effectivité. Il est évident que le droit au travail ne peut se réaliser, comme en 1848, par des ateliers nationaux. Cependant, ce transfert de charge doit s'opérer dans le respect des droits et libertés de ceux qui auront à les supporter, en l'espèce, l'égalité devant les charges publiques et la liberté d'entreprendre.

B - Les conditions concrètes de la protection du principe de la liberté d'entreprendre

Si l'application du principe de la liberté d'entreprendre a conduit le Conseil constitutionnel à censurer la nouvelle définition législative du licenciement pour motif économique, elle l'a également conduit à se prononcer sur d'autres dispositions de la loi déférée.

1 - La censure de la nouvelle définition législative du licenciement économique

La nouvelle définition du licenciement économique fixée par l'article 107 de la loi déférée était la suivante : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de*

l'entreprise ». Selon les requérants, cette définition porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Cette atteinte étant, selon eux, caractérisée par le caractère limitatif des situations économiques permettant de licencier, l'hypothèse de la cessation d'activité étant ainsi exclue, et par l'attribution au juge d'un contrôle des choix stratégiques de l'entreprise.

Le Conseil fait droit à cette argumentation en relevant notamment que la cessation d'activité de l'entreprise serait exclue des cas où le licenciement pour cause économique est possible, que la substitution par la loi nouvelle du caractère *indispensable* des licenciements pour la *sauvegarde* de l'*activité* de l'entreprise au caractère *nécessaire* à la sauvegarde de la *compétitivité* de l'entreprise, interdirait aux entreprises d'anticiper des difficultés économiques à venir et le juge ne serait plus seulement conduit à contrôler la cause économique du licenciement mais à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles. C'est le cumul de ces contraintes qui conduit le Conseil à considérer que « *le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi* ». Ainsi le Conseil ne se substitue pas véritablement au législateur dans l'appréciation de l'équilibre à réaliser entre les exigences constitutionnelles qui s'imposent en l'espèce, il censure une disproportion manifeste entre celles-ci.

Dans son mémoire en réplique, le gouvernement affirmait que cette définition reprend pour l'essentiel celle consacrée par la Cour de Cassation, en la nuancant, cependant, en ce qu'elle substitue la notion de sauvegarde de l'activité de l'entreprise à celle de compétitivité. Il considérait en outre que le chef d'entreprise qui veut cesser son activité sera conduit à vendre pour préserver son patrimoine et que s'il se heurte à une contrainte qui l'empêche de poursuivre son exploitation, cette situation sera assimilée à une difficulté économique qui ne peut être surmontée autrement que par le licenciement économique des salariés.

L'argument du gouvernement selon lequel le législateur a eu essentiellement pour objectif de codifier la jurisprudence de la Cour de Cassation est inopérant et partiellement inexact. Inopérant, car le législateur peut toujours remettre en cause une jurisprudence judiciaire ou administrative, comme il peut revenir sur une loi existante, à la seule condition de ne pas violer des exigences constitutionnelles. Il est également partiellement inexact, et cette affirmation appelle un bref retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative au licenciement économique (10).

(10) Sur ces questions, et sur les décisions citées, cf. notamment : A. Lyon-Caen, Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique, Dr. Ouv., juillet 1995, p. 281 ; P. Lyon-Caen conclusions sur Cass. Soc. 17 mai 1995, Dr. Ouv. 1995, p. 286 ; H.-J. Legrand, Modification collective des contrats de travail et

licenciement collectif, Dr. Ouv. 1996, p. 404 ; P. Waquet, La cause économique du licenciement, Droit social, 2000, p. 168 ; J. Savatier, obs. sous Cass. Soc. 1^{er} décembre 1999, Droit social, 2000, p. 212 ; M. Henry et F. Saramito, obs. sous Cass. Ass. pl. 8 décembre 2000, Dr. Ouv. août 2001, p. 357.

Il est vrai que certaines dispositions de la loi s'alignent sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Il en est ainsi par exemple de la suppression du caractère *substantiel* de la modification du contrat de travail à laquelle il est fait référence dans la disposition contestée.

Dans d'autres cas, la loi corrige la jurisprudence de la Cour de Cassation.

La Cour de Cassation, sous l'empire du droit en vigueur, avait considéré que le caractère économique du licenciement était admis lorsque la réorganisation de l'entreprise, non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques (seules conditions visées expressément par l'article L 321-1 du Code du Travail), était effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Cass. Soc. 30 septembre 1997), alors même que la sauvegarde de cette compétitivité ne doit pas conduire l'employeur à privilégier le niveau de rentabilité du capital au détriment de la stabilité de l'emploi (Cass. Soc. 1^{er} décembre 1999 et Cass. Soc. 29 mai 2001). Ainsi, le chef d'entreprise a pour mission d'assurer la pérennité et donc la prospérité de l'entreprise, mais cette prospérité doit pouvoir bénéficier non seulement aux détenteurs du capital, mais aussi aux salariés. Cette construction jurisprudentielle avait été permise par la présence dans l'article L 321-1 du Code du Travail du terme « notamment » s'agissant des cas où il peut être recouru au licenciement économique. Le législateur fait référence à cette jurisprudence lorsqu'il précise que le licenciement économique peut intervenir pour répondre à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. Mais la formulation retenue par le législateur est incontestablement plus restrictive que celle retenue par le juge social. En effet une entreprise en activité n'est pas nécessairement une entreprise compétitive, et le caractère indispensable d'une mesure est plus exigeant que celui relatif à sa nécessité. C'est essentiellement d'un problème de gestion de l'entreprise dans le temps dont il s'agit. Ainsi, selon le conseiller P. Waquet, « cette notion de sauvegarde de la compétitivité apparaît lorsque la réorganisation anticipe sur les difficultés économiques ou sur une mutation technologique et assure la survie de l'entreprise et donc le maintien des emplois ». C'est ce que reconnaît le Conseil, en écho à ces propos, en considérant qu'il convient de laisser au chef d'entreprise la faculté d'anticiper sur les difficultés, l'exigence posée par la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la prise en compte, à titre principal, de l'emploi et non seulement de la rentabilité n'étant pas remise en cause. Ainsi, c'est l'état de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui répond, selon le Conseil constitutionnel, aux exigences constitutionnelles.

S'agissant de la cessation d'activité, la Cour de Cassation s'est appuyée sur le caractère non limitatif des conditions du recours au licenciement économique posées par le Code du Travail, pour admettre que la cessation d'activité, qui n'est pas due à la faute de l'employeur ou à une légèreté blâmable, constitue un motif économique (Cass. Soc. 16 janvier 2001). Il en est par exemple ainsi en cas de départ en retraite d'un employeur qui n'a pas trouvé de successeurs, d'un héritier ne trouvant pas de successeur à un exploitant décédé, de la dissolution d'une association employeur ou de liquidation judiciaire d'une entreprise sans repreneur (11). Elle n'a pas rattaché cette situation à celle relative à l'existence de difficultés économiques. Ainsi, la nouvelle disposition législative était susceptible de ne pas permettre le recours à un licenciement économique dans une situation où il s'impose. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'appuie, là encore, sur la jurisprudence du juge social pour censurer la disposition législative qui lui est soumise.

S'agissant de la condition relative à des « difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen », le Conseil constitutionnel relève que « la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements... mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles ». Cette analyse est le décalque parfait de la jurisprudence de la Cour de Cassation, que, justement, la disposition législative contestée visait à remettre en cause. En effet, en assemblée plénière, dans une décision du 8 décembre 2000 (11 bis), la Cour de Cassation a jugé que si le maintien de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise est assuré selon plusieurs possibilités conduisant à supprimer plus ou moins d'emplois, le chef d'entreprise peut choisir la solution supprimant le plus d'emploi si elle correspond aux objectifs que s'est fixée l'entreprise et le juge n'a pas à contrôler le choix effectué par l'employeur à partir du moment où il vise la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe.

Cette argumentation n'est pas vraiment une argumentation de caractère constitutionnel car, pas plus que la mise en cause d'une jurisprudence judiciaire n'est, en elle-même, cause d'inconstitutionnalité, les arguments tirés de cette même jurisprudence ne sont pas, en eux-mêmes, invocables comme norme de référence dans le contrôle de constitutionnalité. Cependant cette prise en compte par le juge constitutionnel du « droit vivant » issu de la jurisprudence de la Cour de Cassation conduit à la figer en en constitutionnalisant certains aspects. Il est intéressant de relever que le Conseil en censurant la faculté ouverte au juge social par le législateur de substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise,

(11) J. Savatier, La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique du licenciement, Droit social, 2001, p. 413.

(11 bis) Voir note 10.

montre que les droits fondamentaux doivent être protégés non seulement vis à vis du législateur ou de l'exécutif, mais aussi vis à vis du juge.

2 - Les autres dispositions de la loi contestées au regard du principe de la liberté d'entreprendre

La loi nouvelle modifie le Code du Travail relativement à la procédure de licenciement s'agissant notamment de l'intervention du Comité d'entreprise et de la possibilité de faire appel à un médiateur pour certains projets de cessation partielle ou totale d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome et en cas de divergence importante entre les parties. A l'encontre de ces dispositions, les requérants soutenaient que ces dispositions conduiraient à un allongement excessif des procédures de licenciement économique qui constituerait une atteinte manifeste à la liberté d'entreprendre. Le Conseil reprend alors l'ensemble de la procédure pour conclure à partir du caractère précis

de la législation et de l'examen des délais que l'atteinte n'est pas excessive, sans que l'on sache véritablement ce qui emporte la conviction du Conseil à l'issue de ce contrôle de proportionnalité. En fait le Conseil constitutionnel se contente de préciser que l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas, en l'espèce, manifestement excessive tout se refusant à se substituer au législateur quant au caractère nécessaire de l'atteinte.

S'agissant de la faculté ouverte au préfet de convoquer les parties intéressées lorsque qu'une entreprise procède à des licenciements économiques susceptibles d'affecter l'équilibre d'un bassin d'emploi, pour que cette entreprise contribue à la création d'activités, aux actions de formation professionnelle et au développement des emplois, le Conseil lie l'absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre comme à tout autre principe ou règle constitutionnels, au caractère incitatif et non contraignant de la mesure.

III.

Les autres principes invoqués dans la décision

Alors même que les critiques des saisissants ont été concentrées sur les exigences relatives à la clarté de la loi et au respect du principe de la liberté d'entreprendre, d'autres principes invoqués par les députés et sénateurs requérants conduisent le Conseil à préciser ou à confirmer sa jurisprudence sur un certain nombre de points. Il en est ainsi s'agissant du principe d'égalité devant les charges publiques, de principes relatifs au procès pénal et civil, du droit au logement, du caractère normatif de la loi et de la procédure législative. Par ailleurs, le Conseil s'est saisi d'office de deux dispositions dont l'inconstitutionnalité n'avait pas été soulevée par les requérants et concernant l'une les quotas par sexe dans les jurys d'examens et de concours, l'autre les aides apportées par les collectivités locales aux organisations syndicales.

A - Les autres questions de constitutionnalité soulevées par les requérants

Elles concernent essentiellement le principe d'égalité, les principes du droit pénal et du droit à un procès équitable, la procédure législative et le caractère normatif de la loi.

1 - Le principe d'égalité devant les charges publiques

Les auteurs des saisines parlementaires soutenaient qu'un certain nombre de dispositions de la loi déferée méconnaissait le principe d'égalité. Dans un considérant de principe qui reprend une jurisprudence clairement fixée le Conseil rappelle que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général

pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Le premier problème concernait la suppression de la déductibilité du revenu imposable des versements effectués par les salariés en vue de se constituer une épargne retraite complémentaire. Les requérants invoquaient la rupture de l'égalité que cette disposition engendrerait entre salariés de droit privé et agents des collectivités publiques. Or le Conseil constitutionnel relève qu'il existe entre ces deux types de salarié une différence de situation, alors même que cette différence de situation ne relève que de la législation sur les retraites, c'est à dire résulte de la volonté du législateur (12). Il estime également, en liant de manière incertaine cette exigence au principe d'égalité, que le maintien du bénéfice des prestations servies par les régimes de base de sécurité sociale et par les régimes complémentaires, ne conduit pas à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles du onzième alinéa du Préambule de 1946. Cette analyse confirme que le mécanisme du « cliquet - anti retour », entendu comme l'interdiction faite au législateur de prendre des dispositions moins favorables que celles résultant du droit en vigueur, ne s'applique pas en matière de droits sociaux - créances.

La rupture du principe d'égalité devant les charges publiques était également invoquée s'agissant de l'établissement d'une contribution mise à la charge des entreprises qui occupent plus de mille salariés et qui procèdent à la fermeture partielle ou totale d'un site. Le Conseil estime que le taux de cette contribution ne

(12) Cf. déc. 97-388 DC, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, P.A. 1997, n° 125.

méconnaît pas le principe d'égalité devant les charges publiques. Il justifie également cette appréciation par le fait que l'Etat peut mettre à la charge des grandes entreprises qui procèdent à des licenciements économiques des dépenses destinées à atténuer les effets de la fermeture partielle et totale d'un site. C'est ainsi une forme de responsabilité des entreprises à l'égard de leur environnement économique et humain qui est reconnue par le législateur et validée par le Conseil constitutionnel.

La différence de situation justifiant une différence de traitement peut également s'apprécier au regard d'une exigence constitutionnelle. C'est ainsi que le Conseil admet que le législateur traite différemment les actionnaires salariés et les autres actionnaires quant à leur représentation aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance des sociétés anonymes, au regard de l'objectif de participation des salariés au capital de l'entreprise poursuivi par le législateur qui met ainsi en œuvre le principe de participation inscrit dans le Préambule de 1946. De la même manière le Conseil admet que l'objectif constitutionnel que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent permet au législateur d'imposer à certaines catégories de personnes des charges particulières en vue d'améliorer les conditions de vie d'autres personnes, à condition que ces charges ne soient pas fixées à un niveau tel qu'elles entraînent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

2 - Les principes du droit pénal et le respect des droits de la défense

L'article 158 de la loi déferée aménage la charge de la preuve relative aux litiges concernant les discriminations à l'occasion de l'offre de location de logement et l'article 169 crée un délit de harcèlement moral au travail en aménageant également la charge de la preuve.

Selon les requérants, ces dispositions porteraient atteintes à la présomption d'innocence, aux droits de la défense, et à l'interdiction d'une double incrimination concernant le même fait.

Le Conseil distingue les dispositions qui relèvent du droit pénal et celles qui relèvent du procès civil. Il s'agit pour l'essentiel du rappel d'une jurisprudence établie. Cependant s'agissant du « renversement » de la charge de la preuve en matière de discrimination et de harcèlement, le Conseil pose les règles constitutionnelles applicables.

a) Le rappel d'une jurisprudence établie

S'agissant de l'existence de plusieurs dispositions pénales intéressant le même agissement, le Conseil rattache au principe de proportionnalité des peines tiré de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le principe

selon lequel « lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ». Il s'agit de la reprise d'une jurisprudence de 1989 (décis. 89-260 DC), reprenant elle-même une jurisprudence de la Cour de Cassation (par ex. Cass. Crim. du 21 avril 1976, bull. n°122). Il tire de cette règle une directive d'application adressée aux autorités juridictionnelles et aux autorités chargées du recouvrement des amendes.

b) La question de la constitutionnalité du « renversement » de la charge de la preuve en matière civile

Les dispositions contestées relatives à la charge de la preuve ne s'appliquent pas en matière pénale, donc le Conseil n'en apprécie pas la constitutionnalité au regard du principe de la présomption d'innocence invoqué par les requérants. Cependant il va se livrer à une analyse précise des mécanismes de la preuve en matière civile afin d'encadrer, en l'espèce et de manière générale, le droit de la preuve. La disposition critiquée instaure un mode de preuve plus favorable à la partie demanderesse. Le Conseil examine ce texte au regard du principe des droits de la défense. Ce principe a été reconnu par le Conseil comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui s'applique au-delà de la procédure pénale (décis. 81-127 DC). Or en la matière, et bien que le Conseil constitutionnel n'y fasse pas mention dans sa décision, un certain nombre de directives européennes ont établi des dispositifs de preuve semblable à celui prévu par la loi contrôlée qui ne fait, de ce point de vue, que mettre en œuvre ces directives communautaires. Bien que le Conseil constitutionnel refuse de prendre en compte le droit européen dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, il est permis de penser qu'il est particulièrement sensible à l'existence de règles communautaires applicables aux questions dont il juge. Une directive 97/80 CE relative à la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe (13) n'interdit pas aux Etats membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. Une directive 2000/43 CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique prévoit que, en dehors du domaine pénal, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation d'égalité de traitement si la personne lésée établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il en est de même dans la directive 2000/78 CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Or c'est dans cette logique que s'inscrit le Conseil en précisant par une directive d'interprétation que la partie demanderesse

(13) Dr. Ouv. 1998, p. 313.

n'est pas dispensée d'établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants au soutien de ses allégations, que la partie défenderesse doit être en mesure de s'expliquer sur les agissements reprochés et prouver que sa décision est motivée par son activité normale et qu'en cas de doute le juge devra, pour forger sa conviction, ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige. Ainsi, le Conseil n'entre pas en conflit avec les dispositions communautaires, mais interprète les dispositions législatives qui lui sont soumises de telle manière qu'elles appliquent au plus juste les normes communautaires. Le Conseil insiste en précisant que la constitutionnalité de la loi est soumise au respect de ces *strictes* réserves d'interprétation. On notera à ce propos que si les directives européennes précitées permettent aux Etats de prendre des dispositions plus favorables à la partie demanderesse que celles qu'elles fixent, le législateur français ne pourrait user de cette faculté sauf à violer la Constitution.

3 - La procédure législative et le caractère normatif de la loi

S'agissant des dispositions relatives au licenciement contenues dans la loi de modernisation sociale les députés requérants arguaient du fait que ces dispositions, issues d'amendements gouvernementaux, dépassaient les limites inhérentes au droit d'amendement et étaient sans lien avec le reste du projet. Cet argument aurait pu prospérer au regard de la jurisprudence du Conseil issue de la décision 251 DC. Cependant, le Conseil rejette cette requête au regard de la jurisprudence qui est aujourd'hui la sienne en matière de droit d'amendement et après avoir relevé que le texte initial contenait des dispositions relatives à la prévention du licenciement. En effet dans sa décision 445 DC, le Conseil a fait disparaître de sa jurisprudence l'exigence relative à la portée et à l'objet de l'amendement qui ne doit pas conduire à dépasser les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement. C'est à dire que la condition de constitutionnalité relative à la dimension des amendements a disparu, tout du moins pour les amendements déposés avant la réunion de la commission mixte paritaire.

La loi déferée contenait également un certain nombre de dispositions non normatives. Ainsi l'invitation adressée au Gouvernement d'organiser une concertation avec les organisations syndicales (art. 40 de la loi, consid. 55) est dépourvue de portée normative et ne présente pas le caractère d'une injonction adressée au gouvernement.

On remarquera également que le Conseil constitutionnel « constitutionnalise » la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux annexes législatives en indiquant que les annexes jointes au projet de loi de financement de la sécurité sociale sont dépourvues de

la portée normative qui s'attache aux dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale (14).

B - Les questions de constitutionnalité soulevées d'office par le Conseil constitutionnel

Si l'examen d'une loi par le Conseil constitutionnel ne vaut pas brevet de constitutionnalité de l'ensemble des dispositions de la loi (15), le Conseil se réserve la possibilité de se saisir d'office de dispositions non contestées par les requérants. Ce contrôle peut le conduire soit à censurer ces dispositions, soit à émettre à leur égard des réserves d'interprétation. Tel est le cas dans la décision commentée s'agissant des dispositions des articles 134 et 137 de la loi permettant la validation de diplômes et de titres par des jurys dont la composition « *concourt à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes* » et des dispositions de l'article 216 qui permettent aux collectivités locales d'attribuer des subventions de fonctionnement aux structures locales des organisations syndicales représentatives.

1 - La « parité » et les jurys de concours

En prévoyant que la composition des jurys concourt à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, la loi soumise au Conseil s'inscrit dans le droit fil de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, qui prévoyait des dispositions identiques, mais qui n'avait pas été soumise au contrôle du juge constitutionnel. Cette lacune manifestant les limites du contrôle de constitutionnalité « à la française ». Cependant le Conseil se saisit de l'opportunité qui lui est donnée de revenir sur cette question et d'examiner indirectement les dispositions de la loi qui ne lui a pas été soumise à l'occasion de l'examen de la présente loi.

Dans sa décision 2000-445 DC, le Conseil avait censuré une disposition instaurant un système de parité par sexe pour les listes de candidats aux élections au Conseil supérieur de la magistrature, comme violant le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics (art. 6 de la Déclaration). La discrimination selon le sexe ne fait pas partie des discriminations prohibées en vertu du Préambule de 1946 (race, religion, croyance) ou en vertu de l'article 1 de la Constitution (origine, race, religion). En revanche, elle est spécifiquement prohibée par l'article 3 de la Constitution s'agissant des élections politiques et par l'article 6 de la Déclaration de 1789 s'agissant de l'accès aux dignités, places et emplois publics, les critères obligatoires et exclusifs de discrimination posés par ce texte étant ceux relatifs aux capacités, aux vertus et aux talents. La révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, inscrivant dans l'article 3 de la Constitution la règle selon laquelle « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et*

(14) CE 5 mars 1999, AJDA 1999, p. 421. Sur cette question, cf. S. Guy, Les annexes législatives, RFDC 1999, p. 819.

(15) Cf. B. Mathieu et M. Verpeaux, Saisine sur saisine ne vaut, D. 2001, p. 3374.

fonctions électives » a levé l'interdiction constitutionnelle des discriminations sexuelles positives dans ce seul cadre. L'article 6 de la déclaration de 1789 auquel ne s'applique aucune dérogation générale ou spécifique continue donc à produire ses effets. Ainsi, c'est très logiquement que, dans la présente décision, le Conseil a interprété, par une réserve, les dispositions législatives dont il se saisit comme ne pouvant que fixer « *un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes* », mais qu'elles « *n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celles des compétences des aptitudes et des qualifications* ».

Cette analyse a des répercussions sur l'interprétation qui doit être faite des dispositions de la loi du 9 mai 2001. Ainsi les dispositions de cette loi selon lesquelles « *les jurys des concours sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée des femmes et des hommes* » ne sont pas remises en cause, mais doivent être considérées comme n'ayant qu'une portée incitative. En revanche, les dispositions de certains des articles de cette loi (notamment les articles 25, 26, 27, 29) selon lesquels un décret en Conseil d'Etat fixera la proportion des membres des jurys appartenant à chacun des sexes doivent être considérées comme inconstitutionnelles ou tout du moins inopérantes. En effet la fixation de manière générale et par voie réglementaire de quotas par sexes pour tel ou tel jury de concours serait inconstitutionnelle, nonobstant l'habilitation donnée par le législateur. En revanche rien n'empêche l'autorité qui nomme les membres du jury d'un concours déterminé de prendre en compte le souhait du législateur de voir assurée une représentation équilibrée des femmes et des hommes à condition que cette distinction ne prévale pas sur celles exigées par l'article 6 de la Déclaration de 1789.

2 - La licéité des subventions des collectivités locales aux syndicats

S'agissant de la faculté ouverte par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel aux collectivités locales d'attribuer des subventions de fonctionnement aux structures locales des organisations syndicales représentatives, le Conseil constitutionnel valide cette disposition sous réserve que l'égalité entre les syndicats soit respectée. Le Conseil d'Etat a admis que les communes puissent apporter des aides à des organismes exerçant des missions sociales, donc d'intérêt général, dans le champ géographique de la collectivité et à condition que cette aide n'ait pas de coloration partisane (16). La loi reprend partiellement

ces critères s'agissant de syndicats qui n'exercent pas une mission seulement sociale, au sens étroit du terme, mais interviennent dans l'intérêt de l'ensemble des salariés, la subvention étant par ailleurs accordée aux structures locales de ces syndicats (17). C'est au nom du principe de libre administration des collectivités territoriales (article 72 de la Constitution) que le Conseil valide cette disposition dans son principe. Cependant il précise que l'égalité proclamée par l'article 6 de la déclaration de 1789 doit être respectée non seulement devant la loi, mais encore devant les délibérations des assemblées locales. Il considère donc, reprenant sur ce point les principes de la jurisprudence administrative relative aux exigences d'impartialité, que les structures locales des organisations représentatives doivent être traitées de manière égale par les assemblées des collectivités locales, chargées ainsi d'assurer le respect des exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel aurait d'ailleurs pu en outre rattacher cette exigence relative à l'égalité de traitement entre les syndicats aux dispositions du Préambule de 1946 relatives aux droit et liberté syndicaux. C'est dans le même sens que s'est prononcé la Cour de Cassation en jugeant que le principe d'égalité de valeur constitutionnelle ne permet pas à un employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre, selon qu'il a signé ou non une convention ou un accord collectif (Cass. Soc. 29 mai 2001) (18).

Ainsi cette longue décision, examinée juridiquement et en dehors de son contexte politique, s'avère à la fois riche et peu novatrice. D'une part le Conseil exerce un contrôle précis de la loi qui se manifeste essentiellement par une interprétation, une explication du texte et des directives adressées à ceux qui sont chargés de son exécution, le législateur est ainsi pour l'essentiel, encadré sans être censuré. La poursuite du rééquilibrage de la jurisprudence du Conseil en faveur d'un principe dégagé depuis vingt ans, celui de la liberté d'entreprendre, marque une prise en compte plus large du contexte économique par le juge constitutionnel qui tente de maintenir un équilibre, nécessairement contesté, entre les exigences libérales et les exigences sociales du texte constitutionnel. Enfin cette décision marque le poids qu'accorde le Conseil constitutionnel au droit positif infra constitutionnel, en l'espèce la jurisprudence judiciaire et administrative et le droit communautaire, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité.

Bertrand MATHIEU.

(16) Sur cette jurisprudence, cf. not. B. Mathieu et M. Verpeaux, L'aide apportée par les communes aux grévistes, une compétence incertaine, des conséquences contestables, *Droit social*, 1991, p. 944 ; voir également TA Paris 19 décembre 1997, *Dr. Ouv.* 1998 p. 556 n. P. Rennes, CE 21 juin 1995 et Rép. Min. du 6 mai 1996, *Dr. Ouv.* 1997 p. 38 n. F. Hamon et P. Rennes.

(17) Sur cette question, voir P. Rennes "Les travailleurs et l'accès à une justice prud'homale efficace", *Dr. Ouv.* 2002 p. 7, spéc. p. 15 (le texte est disponible en libre accès sur le site internet du Droit Ouvrier).

(18) *Dr. Ouv.* 2001, p. 361 n. M-F. Bied-Charreton, *Dr. Soc.* 2001 p. 821, n. G. Borenfreud.