



Réformer le code du travail par ordonnance : une procédure démocratique ? La réflexion en cours du Pacte civique sur la réforme du droit du travail et sur l'emploi

Le recours aux ordonnances pour réformer le code du travail paraît incongru et à priori peu respectueux de la démocratie. Annoncé par le candidat Macron, il a fortement été dénoncé pendant la campagne par certains candidats, notamment Jean-Luc Mélenchon. Le propos de ce Flash Info n'est pas de prendre une position du Pacte civique sur le recours à cette procédure.

Le Pacte civique tentera, en effet, de susciter une réflexion plus large sur ce sujet, sous diverses formes et peut-être un débat au cours du mois de septembre prochain, sur les enjeux des réformes du droit du travail décidées pendant le quinquennat précédent et poursuivies dès le début de ce quinquennat.

Le Pacte civique soutient la proposition de Solidarités Nouvelles face au Chômage d'organiser des Etats Généraux du travail et de l'emploi et appelle à signer la pétition qui a été lancée sur ce sujet sur Change.org

L'objet de ce document est donc circonscrit à la loi d'habilitation sur la réforme du code du travail en portant une analyse juridique et une interrogation sur le caractère démocratique de la procédure

Où en sommes-nous ?

Le Conseil des ministres a adopté le mercredi 28 juin un projet de loi d'habilitation autorisant le gouvernement à légiférer par ordonnance sur la réforme du code du travail. Le projet a été voté par l'Assemblée nationale le 13 juillet et a été discuté au Sénat à partir du 24 juillet. Il sera incessamment adopté de manière conforme par les deux chambres. Parallèlement, la concertation sur les ordonnances se poursuit activement avec l'objectif d'une parution en septembre.

1 - Les lois d'habilitation

Elles ont été créées par l'article 38 de la Constitution de 1958 pour accélérer l'adoption des mesures de nature législative.

Article 38 de la Constitution

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

La Constitution de 1958 a défini de manière plus précise qu'auparavant les domaines qui relèvent de la loi. La définition résulte des articles 34 et 37 de la Constitution. Par exemple, l'ensemble des mesures touchant aux libertés fondamentales relèvent du domaine de la loi. Pour d'autres domaines comme la protection sociale, le droit du travail, mais aussi les collectivités territoriales seuls les principes fondamentaux relèvent de la loi. Cependant, particulièrement en droit du travail, une conception très extensive du domaine de la loi a été, en pratique, retenue.

Ainsi, une réforme portant sur une des matières énumérées par l'article 34 de la Constitution ne peut être portée qu'avec l'approbation du Parlement. Cette approbation peut prendre la forme de la procédure législative ordinaire, ou d'une procédure simplifiée telle que celle des ordonnances.

La Constitution de 1958 a été rédigée avec l'objectif de permettre une adoption de mesures urgentes et, au surplus, d'éviter l'embolisation du Parlement qui risque de rendre impossible un rythme suffisant de réformes. L'article 38 de la Constitution a été introduit pour permettre des procédures accélérées tout en posant des règles garantissant au Parlement une intervention substantielle.

Juridiquement, toutes les matières peuvent être concernées, et si les ordonnances sont fréquemment utilisées pour des matières très techniques ou pour transposer des directives européennes, elles ont porté aussi, **dès la mise en œuvre de la Constitution de 1958**, sur des **réformes importantes** comme l'introduction en 1986 du droit de la concurrence en France, la modification du droit de la filiation en 2004 ou la réforme du droit des sociétés en 2005.

2- L'intervention du Parlement

Cette procédure accélérée conserve une intervention non négligeable du Parlement. Elle est soumise au contrôle du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Elle se déroule en plusieurs phases.

- Le dépôt au Parlement de la loi d'habilitation et son vote.

Le Conseil constitutionnel a défini ce qui devait figurer dans les lois d'habilitation : la loi doit définir les **finalités des mesures** ainsi que leur **champ d'application**. Mais il n'a pas à indiquer ce qui figurera dans les ordonnances qui peuvent d'ailleurs faire l'objet de travaux ou de concertations complémentaires.

Naturellement le Parlement a le droit d'amender les dispositions du projet ou de refuser telle ou telle habilitation. Cette étape est importante car le texte de l'ordonnance devra respecter les termes de l'habilitation donnée par le Parlement. Il peut donner lieu à des débats de fond.

La loi d'habilitation peut, comme tout autre texte législatif, faire l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel avant sa publication.

- La rédaction de l'ordonnance par le Gouvernement et sa publication au Journal Officiel

La loi d'habilitation prévoit un délai durant lequel le Gouvernement peut prendre l'ordonnance. Lorsque celle-ci est publiée au Journal Officiel, elle rentre en vigueur le lendemain de sa publication ou à une date choisie par le Gouvernement.

Les ordonnances font obligatoirement l'objet d'un avis du Conseil d'Etat sur le texte, avis que le Gouvernement n'est pas obligé de suivre.

La ratification par le Parlement n'a pas nécessairement lieu rapidement, ce qui permet d'éviter un deuxième débat au Parlement et laisse plus de place pour le vote d'autres textes.

Cependant, jusqu'à cette ratification par le Parlement, l'ordonnance a une valeur juridique seulement égale à celle d'un décret. Elle ne peut donc pas aller à l'encontre d'un principe général du droit, tel que les droits de la défense, le principe d'égalité, le droit de mener une vie familiale normale, ou d'autres textes législatifs. Elle peut être contestée devant le Conseil d'Etat pour méconnaissance d'un de ces principes, ou parce qu'elle ne serait pas conforme à la loi d'habilitation, ou méconnaîtrait une obligation internationale. Elle a donc une certaine fragilité.

- La ratification de l'ordonnance par le Parlement

L'ordonnance, afin d'acquérir une valeur législative, doit impérativement être « confirmée » par le Parlement. Cette confirmation est appelée « ratification » et fait l'objet d'une loi dite de ratification.

Le Parlement vote donc une nouvelle fois sur le texte. Le Parlement peut naturellement amender le texte. Il n'en irait autrement que si le Gouvernement utilise l'article 49 de la Constitution pour demander un vote bloqué. Mais cette utilisation ne peut être faite trop souvent pour des raisons politiques et parce qu'elle est juridiquement limitée à une fois par session. Cette ratification doit être faite dans les délais fixés par le Parlement au moment du vote de la loi d'habilitation.

3 - la concertation avec les partenaires sociaux

La procédure n'empêche pas la concertation avec les partenaires sociaux.

Lorsque les réformes touchent le domaine social et notamment le droit du travail, la concertation avec les partenaires sociaux fait partie intégrante, en France, du processus démocratique : la

démocratie est politique (elle repose notamment sur des élections) ; elle est aussi sociale : le préambule de la Constitution prévoit que les travailleurs « participent, par l'intermédiaire de leurs représentants à la détermination de leurs conditions de travail », ce qu'il faut entendre au sens large.

De fait, pour cette modification du code du travail, les partenaires sociaux reconnaissent non seulement qu'il y a concertation mais aussi que le déroulement de cette concertation est soutenu et sérieux.

4 - L'information citoyenne

La procédure n'exclut pas, en elle-même, une **bonne qualité de l'information citoyenne** mais, en pratique, l'affaiblit souvent.

Lorsqu'une loi d'habilitation porte sur un texte très technique ou sur des mesures précises annoncées largement dans une campagne électorale, l'information nécessaire aux citoyens au moment de la loi d'habilitation est soit plus ou moins inutile, soit déjà faite. Mais lorsque la réforme porte sur un objet plus large et assez indéfini comme le code du travail, la nécessité d'une bonne information devrait s'imposer.

Faute d'information suffisante, c'est la lisibilité de la réforme qui est en jeu et même si la concertation a été de bonne qualité, le Gouvernement court le risque, notamment en cas d'opposition de certains syndicats, d'un réveil douloureux par exemple à la rentrée.

En conclusion

Compte tenu de ces éléments qui font apparaître, nous semble-t-il, que **le recours aux lois d'habilitation et aux ordonnances est assez largement encadré**, deux positions paraissent concevables :

- Estimer **d'emblée**, que, même si la Constitution le permet, la procédure n'aurait pas dû être retenue dans un domaine aussi délicat que le droit du travail et pour une réforme importante ;
- Estimer que les risques d'insuffisance démocratique sont réels mais que, compte tenu notamment du besoin de réaliser plusieurs réformes d'importance, la procédure des ordonnances n'est **pas à rejeter dans son principe**. L'appréciation citoyenne devrait alors dépendre :
- de la qualité du débat parlementaire ; ce ne sont pas toujours les débats les plus longs qui sont les plus intéressants (démocratie parlementaire) ;
- de la qualité de la concertation avec les partenaires sociaux (démocratie sociale) ;
- de la qualité des informations données aux citoyens leur permettant un jugement propre (démocratie citoyenne).

Sans engager le Pacte civique, les auteurs de ces lignes optent pour la deuxième position. Ils estiment qu'il n'est pas possible d'avoir une position a priori. Si l'on se situe sur cette ligne, il est trop tôt pour avoir une idée définitive sur le processus en cours. On peut seulement formuler quelques observations :

- on s'abstiendra de juger de la qualité d'un débat parlementaire qui n'est pas achevé ;
- on remarquera que la concertation semble de bonne qualité et très active ;
- en sens inverse, la qualité de l'information donnée aux citoyens pendant la préparation de la loi d'habilitation puis de l'ordonnance apparaît limitée de telle sorte qu'il est difficile pour le citoyen d'apprécier les contours précis des choix en cause. Ceci s'ajoute au fait que, comme pour la loi El Khomri, la pertinence du débat démocratique souffre de "l'absence préalable d'un diagnostic partagé sur la situation de l'emploi, les causes en jeu dans la persistance du chômage, et les remèdes possibles" . (cf rapport 2016 de l'Observatoire citoyen de la qualité démocratique).

Yannick Moreau
ancienne conseillère d'Etat

Adrien Delarue
juriste en droit public