

*La place des partenaires sociaux
dans l'élaboration des réformes*

Clôture

La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative

par Alain SUPLOT

Professeur à l'université de Nantes – Directeur de l'institut d'études avancées

La France demeure l'héritière d'un rêve démocratique, qu'au seuil de la Révolution André Chénier dépeignait en ces termes: « Imprudent et malheureux l'État où il se fait différentes associations, différents corps dont les membres, en y entrant, prennent un esprit et des intérêts différents de l'esprit et de l'intérêt général. Heureux le pays où il n'y a d'autre association que l'État, d'autre corps que la patrie, d'autre intérêt que le bien commun; où toutes les institutions rapprochent les hommes, sans qu'aucune les divise; où chaque citoyen, à la fois sujet et souverain, portant tour à tour la balance des lois, l'encensoir et l'épée, ne transmet à ses enfants que l'exemple d'être citoyen » (1). Chénier avait noté en apostille « passage à mettre en vers » (2). Sa mort à 31 ans sur la guillotine ne lui en a pas laissé le loisir, mais il a su saisir en prose une idée toujours présente à l'article 3 de notre Constitution: « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Cette idée est aussi un idéal: celui d'un peuple parfaitement homogène de citoyens, communiant dans une même recherche de l'intérêt général. Elle fonde notre conception purement quantitative de la démocratie politique, purgée de toute considération de la diversité de ce qu'en 1789 on appelait les « états », c'est-à-dire de la différence des conditions sociales ou

des appartenances territoriales. Selon le mot de Tocqueville, « la notion de gouvernement se simplifie: le nombre seul fait la loi et le droit. Toute la politique se réduit à une question d'arithmétique » (3).

Cette conception de la démocratie politique a entraîné l'éviction d'une autre forme de démocratie: celle qui se fonde au contraire sur la représentation de la diversité des territoires et des états professionnels, et cherche à en donner une image fidèle (très imparfaitement incarnée sous l'ancien régime par les assemblées d'états) (4). Au plan territorial, la création des départements a ainsi répondu à la volonté d'éviter la juxtaposition de « petits États sous forme républicaine » (5). Sans la « soumission immédiate » des départements au pouvoir central, déclarait Thouret (le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale), « il n'y aurait bientôt plus d'exactitude ni d'uniformité dans le régime exécutif, et le Gouvernement (...) dégènerait en démocratie dans l'intérieur des provinces » (6). Au plan professionnel, la loi Le Chapelier avait on le sait tiré en 1791 les conséquences les plus radicales de la même idée en fulminant « l'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état et profession » et en interdisant entre les mêmes personnes, comme « attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'Homme », toutes espèces de représenta-

(1) « Fragment pour l'Hermès », in A. CHÉNIER, *Œuvres complètes*, Gallimard, La Pléiade, 1958, p. 401. Je remercie ma collègue Catriona SETH (université de Nancy 2) de m'avoir permis d'identifier ce texte cité sans indication de sources par Fr. OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Paris, Sirey, 1938, p. 548.

(2) Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 548.

(3) A. de TOCQUEVILLE, *Considérations sur la Révolution*, I, 5, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, La Pléiade, t. 3, 2004, p. 492.

(4) Le sujet a donné lieu à un regain d'intérêt avant et après la Seconde Guerre mondiale. (Voy. parmi les nombreux travaux

publiés sous l'égide de la Commission internationale pour l'histoire des assemblées d'États: *Études sur l'histoire des assemblées d'États*. PUF/Faculté de Droit de Paris, 1966, préf. François DUMONT, VIII + 223 p. ; *Liber memorialis Georges de Lagarde*. Études présentées à la Commission internationale pour l'histoire des assemblées d'États, Louvain, Nauwelaers, 1970, XVI + 404 + (46) p.

(5) Cette formule de Sieyès est rapportée par P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Fayard 1992, p. 121.

(6) *Archives parlementaires*, Assemblée nationale, 19 sept. 1789, p. 206, col. 1.

tion de « leurs prétendus intérêts communs » (7). La seule représentation légitime est celle d'un peuple d'individus mus par la raison. Celle de la diversité des provinces ou des professions est donc frappée d'obscénité, au sens premier de ce mot: elle ne doit pas apparaître sur la scène des institutions.

En obligeant le Gouvernement à soumettre tout projet de réforme qui porte sur les relations de travail à une procédure de concertation et de négociation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs, la loi dite Larcher du 31 janvier 2007 (8) a rompu clairement avec cette vision moniste de la démocratie. La combinaison qu'elle cherche à opérer entre démocratie sociale et démocratie politique s'inscrit dans une histoire qu'il convient de retracer (I.) avant de s'interroger sur la portée et l'avenir de cette réforme (II.).

I. — GÉNÉALOGIE DE LA LOI LARCHER

Il faut remonter aux origines syndicales de la démocratie sociale pour comprendre la manière dont elle s'est insérée dans la démocratie politique.

A — AUX ORIGINES DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE: LA LIBERTÉ SYNDICALE

Grande matrice des innovations juridiques du XX^{ème} siècle, le droit social a été le premier et le principal lieu de remise en question de la conception purement quantitative de la démocratie qui s'imposa au moment de la Révolution française. Un siècle avant la loi de décentralisation de 1982, qui a redonné timidement vie à « la démocratie dans l'intérieur des provinces », la loi Waldeck-Rousseau a autorisé en 1884 les syndicats professionnels à « se constituer librement sans autorisation du Gouvernement » afin qu'ils se chargent de « l'étude et de la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » (9). Cette reconnaissance de la liberté syndicale demeure la pierre angulaire de ce qu'on appelle aujourd'hui la démocratie sociale. À la différence de la démocratie par le nombre, qui domine la représentation politique, la démocratie sociale est essentiellement qualitative et consiste à permettre la représentation de différents groupes d'intérêts. Représentation de type qualitatif donc, qui ne saisit pas l'intérêt général comme une donnée *a priori* de l'élaboration de la loi, mais bien plutôt comme une construction dont la solidité exige la confrontation préalable de groupes d'intérêts différents.

La possibilité est ainsi offerte à des groupements professionnels d'œuvrer à des réformes législatives allant dans le sens de leur propre représentation de la justice.

De même que l'invention du contrat de travail n'a pas signifié le retour aux statuts corporatifs d'antan, mais l'insertion dans le contrat civil d'un statut protecteur du salarié, de même l'invention de la démocratie sociale n'a pas signifié le retour du pouvoir réglementaire des corporations, mais l'englobement de la représentation des intérêts collectifs dans la définition de l'intérêt général (10). Cela n'a pas empêché de grands juristes comme Louis Josserand, de dénoncer dans les premières lois sociales adoptées sur cette base par le Front populaire, l'émergence d'un « *droit de classe* (...) doué d'un dynamisme permanent et implacable, qui en fait un instrument, non de paix sociale, mais de guerre civile » (11). Ce diagnostic pessimiste s'est révélé infondé. S'il est vrai que les premières « lois ouvrières », adoptées sous la pression du mouvement syndical visaient, comme leur nom l'indique, à doter une classe sociale déterminée de droits particuliers, ces droits n'ont pas été un ferment de division, mais bien au contraire le socle d'un statut social appelé à s'étendre à toute la population. Au reste, comme le notait à la même époque Simone Weil, le mouvement ouvrier français « s'est toujours regardé comme responsable de tout l'univers » (12). Ceci n'exclut pas bien sûr qu'il ait souvent succombé à la tentation du repli corporatiste, tentation attisée de nos jours par le triomphe de la philosophie utilitariste, qui érige l'égoïsme en loi fondamentale d'une société bien ordonnée. Mais dans le meilleur de sa tradition, le syndicalisme a toujours été animé dans notre pays par une certaine conception de l'intérêt général, fondée sur une plus grande justice sociale. Les grandes confédérations n'ont jamais demandé que le bénéfice de leur action soit réservé à leurs adhérents (d'où leur « faiblesse », mesurée au taux de syndicalisation). Ce sont leurs principaux « acquis », aussi bien dans le domaine de la sécurité sociale que dans celui des services publics ou du droit du travail, qui ont donné le jour à une citoyenneté d'un second type, la citoyenneté sociale, qui se combine sans la supplanter avec la citoyenneté politique. Le préambule de la Constitution de 1946 a consacré, on le sait, plusieurs dimensions de cette citoyenneté nouvelle, en reconnaissant la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la participation et à la détermination des conditions de travail, la nationalisation des services publics, la protection de la santé ou l'accès à l'éducation. Répondait aussi à cette volonté de démocratie sociale,

(7) Décret relatif aux assemblées de citoyens d'un même état ou profession (loi Le Chapelier, 14-17 juin 1790), art. 1^{er} et 2. Voy. ce texte reproduit et commenté par F. SOUBIRAN-PAILLET, in J.-P. LE CROM, *Deux siècles de droit du travail*, Paris, éd. de l'Atelier, 1998, p. 27.

(8) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. Ce texte a été défendu devant le Parlement par Gérard Larcher, alors ministre du Travail et actuel président du Sénat. V. sur ce texte: V. BERNAUD, « Réforme du dialogue social: faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations? », *Dr. soc.* 2007, 174; N. MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.* 2007, 798; J.-F. CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *Semaine juridique*, S, 174.

(9) Loi du 21 mars 1884, art. 3 et 4.

(10) Ce concept d'englobement est dû à Louis Dumont (cf. *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 2^{ème} éd. 1985). Sur sa fécondité en droit social, v. *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, 2^{ème} éd. Quadrige, pp. 27 et suiv.

(11) L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *Dalloz hebdomadaire* 1937, chronique. p. 1. Add. J.-P. CHAZAL, « Josserand et le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 2003, n° 1, p. 325.

(12) S. WEIL, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in *Œuvres*, Gallimard, 1999, coll. Quarto, p. 1045.

la création d'un Conseil économique, devenu depuis Conseil économique, social et environnemental (13).

La démocratie sociale qui s'ébauche ainsi durant la première moitié du XX^e siècle apportait avec elle une conception nouvelle du rapport à la loi. La loi n'est plus seulement considérée comme une règle du jeu, mais aussi comme un enjeu des luttes sociales. À la méthode déductive de l'application de la loi aux litiges individuels, se combine la méthode inductive de sa transformation par les conflits et la négociation collective. À la différence du droit civil, du droit pénal ou du droit administratif, le droit du travail n'est donc pas seulement un corps de règles à appliquer, mais aussi une méthode de découverte de règles nouvelles. Sa part la plus stable – le droit des relations collectives du travail – permet d'ancrer la loi dans l'expérience concrète des rapports de travail et d'approcher ainsi, sans jamais l'atteindre, la définition la plus juste possible des relations entre patrons et ouvriers. La liberté syndicale, le droit de grève et les conventions collectives, sont autant d'opérateurs juridiques qui permettent de convertir des rapports de force en rapports de droit. C'est cette nouveauté, devenue évidente lors de la conclusion des accords Matignon en 1936, qui sera mise en avant par les fondateurs de la revue *Droit social* en 1938 pour caractériser l'émergence de ce Droit d'un troisième type, qui ne se laissait ramener ni aux catégories du droit privé ni à celles du droit public. Elle justifiera après-guerre le projet, défendu par Pierre Laroque, de créer un troisième ordre de juridictions qui serait confié à une magistrature sociale, instruite non seulement de Droit mais aussi d'économie, de sociologie et de psychologie (14). Ce grand serviteur de l'État venait de présider à la création du système français de Sécurité sociale, dont on sait que la marque propre par rapport à son modèle britannique, fut justement d'être placé sous l'égide de la démocratie sociale et non sous celle de l'État. L'ambition de faire participer des représentants des syndicats et du patronat au gouvernement de la Sécurité sociale n'a guère résisté à l'épreuve des faits, et c'est l'État qui, à la faveur du tripartisme, a *de facto* imposé de bonne heure ses solutions. Mais la démocratie sociale a en revanche prospéré dans les institutions paritaires qui sont venues compléter les régimes de Sécurité sociale (assurance chômage, retraites complémentaires). L'État est alors intervenu seulement en cas de crise, ou bien pour étendre par la loi à toute la population les fruits de la négociation collective interprofessionnelle.

B — L'ENGLOBEMENT DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE DANS LA DÉMOCRATIE POLITIQUE

Cette manière d'enchaîner la démocratie sociale dans la démocratie politique relève d'une tradition juridique

forte dans notre pays, qui condamne à l'échec les réformes qui la méconnaissent. Le projet de magistrature sociale a échoué face à l'attachement des partenaires sociaux au paritarisme prud'homal. Au troisième ordre de juridictions préconisé par Pierre Laroque, qui aurait signifié l'échevinage de tous les degrés de juridiction, syndicats et patronat ont préféré le maintien des prud'hommes dans l'ordre judiciaire, qui leur permet de demeurer maîtres du jeu en première instance, quitte à être soumis à la censure des juges professionnels en appel ou en cassation. De même l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs, fugitivement imposé en 1938, n'a pas réussi à s'implanter. Plutôt que de voir un tiers s'immiscer dans la conduite et le règlement des grèves, les partenaires sociaux préfèrent être livrés à eux-mêmes, quitte à s'exposer à la censure externe du juge judiciaire ou du juge administratif. D'où cette leçon utile à retenir de nos jours : la démocratie sociale ne fonctionne pas bien en France lorsqu'on pense pouvoir la mixer avec la démocratie politique (ce que fait le tripartisme). Elle s'épanouit au contraire lorsque la loi lui confère une réelle autonomie, autonomie qui ne va pas jusqu'à l'indépendance, la démocratie politique demeurant le cadre dans lequel elle peut s'exercer. La démocratie sociale a constitué une alternative démocratique au néo-corporatisme, dont la séduction s'exerçait pourtant avant-guerre sur un large spectre de l'échiquier politique (15) et non pas seulement dans les rangs de la droite conservatrice ou de l'extrême-droite (16). À la différence des expériences corporatistes conduites sous diverses dictatures, la démocratie sociale ne vise pas à éviter les conflits sociaux en imposant d'en haut une certaine conception de la justice sociale, mais elle fait au contraire de ces conflits l'un des moteurs de la découverte de la règle juste à un moment et dans des circonstances donnés. Le bon fonctionnement de ce moteur suppose que la loi assure un certain équilibre des forces entre les représentants des intérêts en conflit et fasse siens les compromis auxquels ils parviennent.

Ainsi conçue, la démocratie sociale se distingue triplement de la démocratie politique. À la différence de la représentation parlementaire, qui a une base individuelle et quantitative (un homme, une voix), la démocratie sociale a en premier lieu une base collective et qualitative (un groupe d'intérêts, une voix). Son bon fonctionnement dépend donc de la définition – par essence normative – de ces groupes d'intérêts. C'est toute la question de la configuration des branches d'activité, mais aussi de la représentation de ceux qui, dans un groupe d'intérêts donné, occupent les positions les plus faibles (les salariés précaires, les médecins généralistes, les agents publics non titulaires, les petits exploitants agricoles) et qui risquent de voir leur parole

(13) Représentant « les principales activités économiques et sociales », cette assemblée consultative a pour tâche de « favoriser la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles et (d') assurer leur participation à la politique économique et sociale du Gouvernement ». Il peut être consulté sur les projets de loi ou de décret ainsi que des propositions de loi entrant dans le domaine de sa compétence (ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, art 1^{er} et 2).

(14) P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *Études et Documents du Conseil d'État*, 7, 1953, également publié in *Droit social*, 1954, p. 271.

(15) DURKHEIM voyait dans des corporations renouvelées, qui s'ajouteraient sans s'y substituer à des syndicats ouvriers et patronaux indépendants, le seul remède possible à « l'état d'anomie juridique et morale où se trouve actuellement la vie économique » (« Quelques remarques sur les groupements professionnels », préface de la seconde édition de *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1978). Voy. « Actualité de Durkheim, notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, Paris, LGDJ, 1987, n° 6, pp. 177-199.

(16) Sur l'expérience de la charte du travail, v. J.-P. LE CROM, *Syndicats, nous voilà ! Vichy et le corporatisme*, Paris, éditions de l'Atelier, 1995, 410 p.

confisquée par les forts, comme jadis celle des compagnons et apprentis par les maîtres. En second lieu, alors que la démocratie politique postule l'égalité des citoyens, la démocratie sociale suppose de construire cette égalité en réalisant un équilibre des forces entre des groupes d'intérêts qualitativement différents. La partie faible doit disposer d'une capacité collective suffisante pour défendre ses intérêts face à la partie forte, sans disposer pour autant d'un monopole de la représentation contraire au principe d'égalité entre syndicats. Servent par exemple à réaliser cet équilibre, la consécration du droit de grève ou la récente introduction en France du principe majoritaire dans la représentation syndicale à la négociation collective. Enfin en troisième lieu, alors que le fonctionnement de la démocratie politique repose sur la fiction selon laquelle la majorité vaut unanimité, la démocratie sociale ne vise pas à dégager des majorités mais à réaliser des compromis acceptables par tous les groupes d'intérêts représentés.

Cette opposition terme à terme de la démocratie sociale et de la démocratie politique ne doit pas conduire à oublier ce qui les réunit. L'une comme l'autre visent à ce que la loi procède de la représentation de tous ceux auxquels elle s'adresse. C'est pourquoi la pratique a inventé de bonne heure des méthodes permettant d'englober la négociation collective dans l'élaboration de la loi et d'apposer ainsi le sceau de la représentation nationale sur les compromis élaborés dans le cadre de la démocratie sociale. La première forme, la plus simple, de cet englobement fut celle qui présida dès 1936 à la transposition des accords Matignon dans la législation sociale. Elle consiste à reprendre dans une loi tout ou partie d'un accord national interprofessionnel mettant fin à une grève générale et fut encore employée en 1968 pour les accords de Grenelle. Depuis lors, l'essor de la « politique contractuelle » a vu fleurir d'autres types d'articulation de la loi et de l'accord collectif : négociation suscitée par le Gouvernement avant le dépôt d'un projet de loi ; ou bien délibération d'une loi en deux temps, espacés par un temps de négociation ; ou encore renvoi à la négociation de la mise en œuvre d'une loi adoptée. Cette typologie est assez connue pour qu'il soit inutile d'y revenir (17).

La loi Larcher n'a fait que tirer de cette longue expérience des leçons sages et prudentes, également éloignées de ce que l'on peut appeler l'intégrisme législatif et l'intégrisme conventionnel. L'intégrisme législatif voit dans le droit de participation des syndicats à l'élaboration de la loi une atteinte inadmissible à la souveraineté

du peuple telle qu'elle s'exprime par la représentation parlementaire. Cette position s'inscrit, on l'a vu, dans la forte tradition juridique née de la Révolution française. Ses partisans mettent de surcroît en doute la représentativité des syndicats français, dont ils se plaisent à souligner le faible taux d'adhésion. Cette faiblesse, qui est due pour partie à l'effet normatif *erga omnes* des conventions collectives, est indéniable et regrettable, mais elle ne doit pas cacher le fait que les principaux syndicats conservent avec les conditions de vie et de travail des classes moyennes et populaires un contact que les partis politiques ont pour l'essentiel perdu. Machines à conquérir et conserver des sièges, les partis politiques ont pour fin première leur propre croissance (18). Et leur représentation élue au Parlement donne une image extrêmement déformée de la société française. Sur un total de 577 députés l'actuelle Assemblée nationale compte ainsi dans ses rangs seulement trois ouvriers et huit employés du secteur privé (19) ; et le Sénat deux ouvriers et dix employés sur un total de 343 sièges (20). Si la légitimité de la représentation parlementaire ne fait pas de doute (elle est démocratiquement élue), son manque de représentativité n'en fait pas davantage, surtout lorsqu'il s'agit de légiférer sur les relations de travail dans le secteur privé. Ce constat est de nature à conforter les partisans d'un *intégrisme conventionnel*, qui revendiquent au contraire l'inscription dans la Constitution d'un domaine normatif réservé aux partenaires sociaux. Défendue par ces derniers (à l'exception de la CGT) dans la *Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective* du 16 juillet 2001 (21), cette revendication s'inscrit dans une logique comparable à celle de la création d'un domaine réservé du pouvoir réglementaire par la Constitution de 1958 (22). Cette création s'est accompagnée on le sait de celle d'une instance nouvelle, chargée de veiller à la répartition des compétences législatives et réglementaires : le Conseil constitutionnel, qui allait servir plus tard de modèle à la composition des premières autorités de régulation. De même la *Position commune* prévoyait de créer une instance « indépendante des parties (*sic*) : pouvoir exécutif, législatif et interlocuteurs sociaux », qui aurait été garante de la répartition des compétences législatives et conventionnelles. C'est aussi l'autorité judiciaire qui aurait été limitée par la mise en œuvre de la *Position commune*, puisque celle-ci stipulait que le juge devrait obligatoirement s'en remettre à l'avis préalable de commissions paritaires composées de représentants des signataires d'un accord avant de trancher tout problème d'interprétation de cet accord.

(17) Cf. Conseil d'État, *Le contrat mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, Paris, LDF, 2008, pp. 141 et suiv.

(18) Cf. le réquisitoire de Simone WEIL, *Note sur la suppression générale des partis politiques*, précédée de *Mettre au banc les partis politiques*, par André BRETON, Paris, Climats, 2006, p. 65.

(19) Parmi lesquels 119 membres des professions libérales, 40 enseignants du secondaire, 28 fonctionnaires de catégorie A et 27 membres des grands corps de l'État, 26 ingénieurs, 21 chefs d'entreprise et autant de professeurs d'université, 14 administrateurs de sociétés, 11 « permanents politiques » www.assemblee-nationale.fr/12/tribun/csp1.asp#P-1_0.

(20) À rapprocher des 26 chefs d'entreprise, 23 agriculteurs, 15 médecins et 11 vétérinaires que compte la Haute Assemblée

www.senat.fr/senateurs/elections/2008/senatoriales2008/d/composition_par_categorie_socio-professionnelle_senat.pdf

(21) *Liaisons sociales* du 1^{er} août 2001, C1, n° 174, *Dr. soc.* 2003, 92. Ce texte a été signé par le Medef, la CGPME, l'UPA et quatre confédérations de salariés, mais non par la CGT. V. M. BONNECHÈRE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Droit ouvrier*, 2001, 411 ; A. SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003, 59 ; A. MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la *Position commune* du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.* 2003.361 ; Conseil d'État, rapport public 2008 préc., pp. 149 s.

(22) Consti. art. 37 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Cet engouement pour une consécration constitutionnelle de la diversification des formes de la démocratie s'est manifesté peu d'années après l'adoption de la Position commune dans le ci-devant traité constitutionnel européen, dont le titre VI, intitulé *Vie démocratique de l'Union*, détaillait trois espèces: la « démocratie représentative » (art. I-46), la « démocratie participative » (art. I-47) et le « dialogue social autonome » (art. I-48). Cette typologie audacieuse a disparu dans le traité de Lisbonne (dit simplifié), finalement entré en vigueur. Au titre 2 des *Dispositions relatives aux principes démocratiques*, la « démocratie représentative », incarnée par le parlement européen et les gouvernements nationaux « démocratiquement responsables », s'y présente comme le seul fondement du fonctionnement de l'Union (art. 10). Le fantôme de la « démocratie participative » erre à l'article 11, qui invite les institutions communautaires à entretenir « un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile » et la Commission à procéder à « de larges consultations des parties concernées ». Et du « dialogue social autonome », il n'est plus même question.

II. — PORTÉE DE LA LOI LARCHER

Au regard de ce renoncement communautaire au principe de démocratie sociale, la loi Larcher fait donc preuve d'une prudente audace, en conférant aux partenaires sociaux le droit de négocier les termes des projets de réformes législatives ou réglementaires du droit du travail entrant dans le champ de la négociation collective nationale et interprofessionnelle. La prudence de la loi conduit à s'interroger sur son effet normatif, tandis que son audace ne peut rester sans incidence sur la liberté syndicale.

A — L'EFFET NORMATIF DE LA LOI

La force symbolique de cette loi, inscrite au fronton du Code du travail (articles L. 1 à L. 3), est indiscutable. Mais *quid* de sa force juridique? Faut-il y voir, comme certains commentateurs, une pure déclaration d'intention, dépourvue de sanctions, et en appeler à une réforme constitutionnelle ou à l'adoption d'une loi organique, qui seules pourraient lui conférer une véritable force obligatoire? Il y a deux bonnes raisons de répondre à cette question par la négative.

La première est qu'une telle réforme constitutionnelle n'est pas souhaitable. Il n'est pas douteux que la pratique actuelle de notre régime politique s'apparente beaucoup plus à la monarchie élective qu'au parlementarisme. Mais ce trait, qui a été accentué par la mise en concordance (voulu à gauche comme à droite) des élec-

tions présidentielles et législatives, n'est pas inscrit dans les textes et une nouvelle période de cohabitation n'est pas à exclure, qui rendrait au Parlement son rôle de source vivante des lois et non de chambre d'enregistrement des volontés du Prince. Le priver d'une partie de ses compétences, et créer un domaine législatif réservé aux partenaires sociaux, conduirait à soustraire de larges pans du droit du travail salarié à la démocratie politique (et donc à l'alternance). Tel était du reste au début des années 2000 l'objectif poursuivi par le Medef, né de ce déni (réel) de démocratie sociale qu'avait constitué le passage en force de la réforme des 35 h. Une telle fragmentation du pouvoir législatif ne serait pas conforme à la tradition française de la démocratie sociale. Celle-ci fonctionne bien, on l'a rappelé, lorsque la démocratie politique parvient à englober la démocratie sociale, c'est-à-dire à lui garantir une sphère d'autonomie sans perdre le pouvoir du dernier mot. Ce type de montage est celui que recommandait déjà Montesquieu, lorsqu'il vantait la nécessité de doter les régimes monarchiques de « pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants ». En effet, « les lois fondamentales supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance: car, s'il n'y a dans l'État que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, rien ne peut être fixe, et par conséquent aucune loi fondamentale » (23). Mais Montesquieu y insiste « J'ai dit les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants: en effet, dans la monarchie, le prince est la source de tout pouvoir politique et civil » (24). Ce diagnostic, et le besoin de « canaux moyens par où coule la puissance », retrouvent une singulière actualité dans l'actuel contexte d'*hyperprésidence* (i.e. de concentration de tout le pouvoir politique dans les mains d'un seul élu), de frénésie législative et d'indexation du droit du travail sur des impératifs d'efficacité et non plus de justice sociale.

La seconde raison est qu'une telle réforme constitutionnelle n'est pas nécessaire. La question de la force juridique de la loi Larcher est évidemment épineuse, et sa réponse incertaine. Mais elle ne souffre que deux réponses: ou bien l'on considère que la loi est dénuée de portée normative, et alors elle est inconstitutionnelle (25), ou bien on la juge conforme à la Constitution et alors il faut lui reconnaître une portée normative. De solides arguments peuvent être avancés à l'appui de cette seconde réponse, qui rend inutile sa transformation en texte organique ou constitutionnel. Dans le domaine du règlement, le Conseil d'État est en mesure de censurer des textes adoptés en méconnaissance de la procédure de concertation et de négociation que la loi impose au Gouvernement. Et dans le domaine législatif, il est permis de voir dans la loi Larcher ce que le Conseil constitutionnel appelle la garantie légale d'une exigence constitutionnelle (26). Le Conseil considère

(23) MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, livre II, chapitre 4, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1966, p. 247

(24) *Op. cit. loc. cit.*

(25) Le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives sans portée normative, au motif que « sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (C. const. décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Semaine juridique*, 2005, 879, note B. MATHIEU, *Dalloz* 2005, 1372, note ZARKA).

(26) G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 62, 2005, pp. 258-289; B. BRUNET, *La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle*, in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 403-418. Le Conseil d'État a fait sienne cette idée de garantie légale, en censurant un décret renvoyant à la convention collective le soin de déterminer les modalités de contrôle des heures de travail, sans préciser les conditions dans lesquelles cette détermination doit intervenir (CE déc. n° 303396 du 11 mars 2009, *Fédération des syndicats solidaires unitaires et démocratiques - PTT*, concl. DEREPA, publiée au *Lebon*).

« qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles; que, *cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (27). Le concept de garantie légale d'une exigence constitutionnelle permet donc au Conseil constitutionnel d'encadrer le pouvoir qu'a le législateur de modifier ou d'abroger la loi positive. Et il a déjà jugé que le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », faisait partie de ces principes à valeur constitutionnelle dont il incombait au législateur de déterminer les conditions et garanties de sa mise en œuvre (28). La volonté du législateur, en adoptant la loi du 31 janvier 2007, a clairement été d'apporter une garantie légale à ce principe de participation, en instaurant une procédure de participation des organisations syndicales à l'élaboration des textes qui régissent les relations individuelles et collectives de travail. Dès lors que cette garantie existe, le législateur peut certes modifier ou abroger la loi Larcher, mais à condition de prévoir des garanties au moins équivalentes. Concrètement cela signifie qu'une loi adoptée en violation des articles L. 1 et suivants du Code du travail devrait, pour échapper au grief d'inconstitutionnalité, avoir été élaborée dans des conditions garantissant une participation au moins équivalente aux syndicats de salariés. Ces derniers sont en effet les seuls à pouvoir se réclamer du principe constitutionnel de participation, qui vise les travailleurs et non les employeurs. Un texte précédé d'une concertation avec les seuls syndicats de salariés pourrait donc être considéré comme satisfaisant ce principe.

Les garanties apportées par la loi Larcher sont purement procédurales, et ne lient en aucune façon les

maines du législateur. La logique d'englobement de la démocratie sociale dans la démocratie politique veut que le Parlement ait le dernier mot. Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de juger « qu'il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords » (29). La pratique, déjà ancienne, de la loi négociée, révèle les termes de l'option qui s'offre ainsi à lui. Ou bien il reprend fidèlement le texte issu de la négociation collective, soit qu'il en dispose comme d'un traité international, en l'annexant à la loi, soit qu'il en incorpore les dispositions dans le corps de celle-ci. Ou bien il n'en retient que ce qui lui convient et procède par ajouts et retraites, sans considération des compromis qui ont permis aux partenaires sociaux de parvenir à un accord. Dans ce cas, il devra assumer la responsabilité politique d'une attitude qui pourra paraître déloyale aux partenaires sociaux. Et il courra le risque d'adopter une loi dont la légitimité sera fragile aux yeux de ceux à qui elle s'adresse (30). Ce pouvoir du dernier mot ne concerne que les dispositions « légiférantes » de l'accord – celles qui n'ont de valeur que de *lege ferenda* – et ne s'étend pas à ses dispositions purement contractuelles, dont la force obligatoire ou l'effet normatif existe indépendamment de l'adoption d'une loi nouvelle. En effet « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 » (31). Cette jurisprudence paraît pleinement applicable aux accords conclus en application de la loi Larcher. Elle met en œuvre l'idée, fortement réaffirmée par la Cour constitutionnelle allemande lors de la ratification du traité de Lisbonne, que les parlements nationaux sont les lieux où s'exerce en dernière instance la démocratie (32). À cette raison juridique s'en ajoute une autre, structurelle: le dialogue social, comme tout lien de parole, n'est pas un rapport binaire car il implique un langage commun, une référence tierce sans

(27) C. consti., décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, 432 et 439, note GENEVOIS; *Actualité juridique droit administratif*, 1986, p. 527, note G. PEPY; *Revue administrative*, 1986, 458 et 564, obs. R. ETIEN.

(28) C. consti., décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, *Dr. soc.*, 1994, pp. 306 et 411, obs. Ph. LAIGRE. Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, *Dalloz*, 1997, Chr. 152, note B. MATHIEU; *Droit ouvrier*, 1996, 479, obs. G. LYON-CAEN; *Dr. soc.*, 1997, 25, obs. M.-L. MORIN.

(29) C. consti., déc. 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, *Dr. soc.*, 2000, 257, obs. X. PRÉTOT; *Dalloz* 2001, som. 1837, note V. OGIER-BERNAUD.

(30) On lit cette formule étonnante dans le jugement rendu par le tribunal d'instance d'Annecy le 2 décembre 2009 « L'ar-

ticle 2143-3 est issu de négociations avec tous les partenaires sociaux qui ont donné une position commune et donc une certaine légitimité à la loi » (TI Annecy, 2 décembre 2009, *Semaine sociale Lamy*, n° 1426/27 du 21 déc. 2009, p. 2).

(31) C. consti., déc. n° 2007-556 DC du 16 juillet 2007, § 17, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, *Dr. soc.*, 2007, 1221, obs. V. BERNAUD. Rapp. la déc. 99-423 DC du 13 janvier 2000, préc.

(32) Le *Bundesverfassungsgericht* a subordonné la ratification du traité de Lisbonne à l'adoption d'une loi instaurant un droit de co-décision du Parlement allemand, permettant de « garantir l'efficacité du droit de vote » des citoyens allemands et de « veiller » à ce que l'Union européenne « n'outrepasse pas les compétences qui lui ont été octroyées ». Cette décision est consultable sur le site de la Cour, www.bundesverfassungsgericht.de. Pour une analyse en langue anglaise, v. le dossier spécial du *German Law Journal*, vol. 10, n° 8, 2009, www.germanlawjournal.com

laquelle il ne peut se nouer; vouloir effacer ce Tiers, incarné ici par la figure du Législateur, condamne ce dialogue à dégénérer en relation « ami/enneemi », c'est-à-dire en rapport de guerre ou de domination.

B — L'INCIDENCE DE LA LOI SUR LA LIBERTÉ SYNDICALE

Le pouvoir « subordonné et dépendant » ainsi conféré aux partenaires sociaux par la loi Larcher ne peut rester sans incidence sur le statut des syndicats. À la différence des corporations, ceux-ci sont de purs organismes de droit privé, auxquels la loi ne reconnaît aucune mission d'intérêt général, fussent-ils animés par le projet de révolutionner le monde entier. Or, en consacrant leur vocation à contribuer à la définition de l'intérêt général, la loi Larcher les fait nécessairement participer du droit public. Une corporation écrivait Domat, est « *une assemblée de plusieurs personnes unies en un corps formé par la permission du Prince et établi pour un bien commun à ceux qui sont de ce corps et qui ait aussi son rapport avec le bien public* » (33). Dès lors que la loi les fait participer à l'élaboration des lois, les syndicats se voient eux aussi investis d'une mission qui, débordant la défense des intérêts de leurs membres, « a aussi son rapport avec le bien public ». Et s'ils n'ont pas besoin d'autorisation du Prince pour se constituer, la reconnaissance par ce dernier de leur représentativité conditionne leur capacité d'agir. Le droit de négocier la loi est réservé aux seules « organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel ». Et l'on sait que la consécration de l'association des partenaires sociaux à l'œuvre législative est allée de pair avec un durcissement des conditions de reconnaissance de leur représentativité (34). D'une manière générale l'essor des obligations de négocier est un processus ambivalent, qui tout à la fois crée des droits nouveaux pour les syndicats, et les assujettit à des buts définis par le législateur, qui devient maître d'une partie de l'agenda des négociations collectives (35). D'où un risque d'instrumentalisation des syndicats, qui perdent en liberté contractuelle ce qu'ils gagnent en responsabilité politique.

Pour cantonner ce risque d'instrumentalisation, il conviendrait d'inscrire la question de la représentativité dans le cadre plus vaste d'une réflexion sur la capacité collective des syndicats. La notion de *capacité collective* permettrait de distinguer clairement les trois conditions sans lesquelles l'association des syndicats à l'œuvre législative risque de se faire en trompe l'œil. La représentativité est bien sûr la première de ces trois conditions. Mais elle demeure fondamentalement une question de fait. On comprend que le législateur se soit efforcé de lui donner une base objective, en introduisant dans sa définition juridique une forte dose électorale, insérant ainsi dans la démocratie sociale des méthodes inspirées de la démocratie politique. Mais

cette dimension quantitative ne peut être exclusive, car la représentativité demeure fondamentalement une question de degrés: une organisation est plus ou moins représentative, elle ne peut jamais l'être totalement, et le propre de la démocratie sociale est justement de reposer sur la représentation de la diversité des opinions et des intérêts et de ne pas céder à la fiction d'unanimité inhérente au principe majoritaire. La seconde condition de la capacité collective est l'attribution à certaines organisations d'une capacité juridique, au sens le plus classique du terme: la capacité de souscrire un engagement contractuel. Il s'agit d'une question de droit et non de fait, dont la réponse est liée, mais ne se confond pas avec celle de la représentativité. Une organisation peut être jugée assez représentative pour participer à une négociation, sans que sa signature suffise à conclure valablement un accord collectif. Enfin, raisonner en termes de capacités collectives oblige à se poser la question des moyens d'agir des syndicats. C'est l'une des différences, on l'a vu, de la démocratie sociale par rapport à la démocratie politique, qu'elle ne postule pas l'égalité des groupes représentés, mais s'efforce de l'établir par des mécanismes de soutien de la partie faible. Ce soutien ne se limite pas à l'attribution de droits d'action collective qui permettent aux salariés de peser sur l'équilibre des forces avec la partie patronale. Il doit aussi donner aux organisations qui les représentent la possibilité de faire valoir leurs propres priorités dans l'agenda des réformes du droit du travail, faute de quoi la démocratie sociale ne serait qu'une méthode d'instrumentalisation des syndicats par la puissance publique.

Au regard de cette exigence de capacité collective, les règles de représentativité adoptées en 2008 demeurent insatisfaisantes. Leur première faiblesse est de ne pas traiter de la représentativité des organisations patronales. Il n'est pas besoin pourtant d'être grand clerc pour savoir que le monde des entreprises est tout sauf homogène, que certains secteurs d'activité ne sont pas couverts par l'interprofession, que le système actuel est dominé par les grandes entreprises, et que l'essor des *employeurs dépendants*, qui caractérise l'économie en réseaux devrait conduire à remettre en question la pensée binaire (tous les employeurs d'un côté, tous les salariés de l'autre) qui règne encore sans partage en droit du travail. Concernant les syndicats de salariés, le système adopté étant indexé sur les résultats des élections des délégués du personnel et des comités d'entreprise, fait l'impasse sur la foule des travailleurs employés dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel. La situation évoque, toutes choses égales par ailleurs, celle de la paysannerie d'Ancien Régime, qui n'était pas représentée au tiers État.

CONCLUSIONS

Il faut certainement mettre au crédit de la loi Larcher d'avoir réalisé un certain consensus du monde

(33) Domat, *Droit public*, t. XV, sect. 1, n° 1, cité par Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 479.

(34) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social et loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale. Au niveau national et interprofessionnel

cette condition suppose désormais pour être remplie, que l'organisation concernée soit représentative à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, et qu'elle ait obtenu au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles (C. trav. art. L. 2122-9)

(35) Cf. A. SUPLOT, « Un faux dilemme », art. cit.

politique et des partenaires sociaux, sur une méthode prudente d'association de ces derniers à l'élaboration de la loi. La légitimité de cette association semble aujourd'hui admise par tous et plus personne ne revendique en revanche de la consacrer par une réforme de la Constitution. Un certain consensus s'observe également s'agissant des faiblesses et insuffisances de la loi au regard des objectifs de démocratie sociale. La plus évidente est la possibilité de la contourner en recourant à une proposition de loi, éventuellement inspirée par le Gouvernement. Elle ne nous met donc pas à l'abri des fougades idéologiques ignorantes des réalités sociales et économiques. Nonobstant la loi Larcher, l'acharnement à démanteler le repos dominical a pu s'exercer dans un mépris de la position des partenaires sociaux rappelant celui qui avait présidé au passage en force des 35 heures en 1997. Sur ce point, on ne peut donc que saluer l'initiative prise par le père de cette loi, devenu président du Sénat, de soumettre à titre expérimental les propositions de lois devant la Haute Assemblée à une procédure inspirée de celle de l'article L. 1 du Code du travail (36). Les autres faiblesses de la démocratie sociale sont moins imputables à la loi Larcher qu'à d'autres dimensions du droit de la négociation collective. C'est le cas tout d'abord de l'effet censitaire des règles actuelles de représentativité, qui favorisent les grandes entreprises au détriment des petites, et les salariés élisant des représentants du personnel dans leur entreprise au détriment de ceux qui sont privés d'une telle représentation. C'est le cas également de l'empilement des systèmes dérogatoires qui, à la manière des privilèges royaux d'Ancien Régime, permet à des entreprises d'échapper à la loi commune, rendant illisible l'état du droit applicable (37).

Malgré leurs différences, la démocratie parlementaire et la démocratie sociale ont en commun d'une part de chercher à représenter l'expérience humaine dans sa diversité et d'autre part de donner lieu à des assemblées de parole dont on attend de justes décisions. Tel n'est pas le cas des formes de représentation typiques de la « gouvernance », qui visent à quantifier des faits plutôt qu'à refléter des expériences et où il ne s'agit donc pas de parler mais de compter. La question la plus

ardue qui se pose à nous n'est donc pas celle de l'articulation de la démocratie sociale et de la démocratie politique, mais bien plutôt celle des relations à établir entre d'un côté ces deux formes de représentation délibérative et de l'autre les représentations quantifiées de l'état du monde que l'idéologie de la gouvernance fétichise et soustrait à tout processus délibératif. Ce risque de fétichisation ne peut être évité que si l'on inscrit la construction des catégories statistiques dans des processus délibératifs, qui permettent à d'autres formes de représentation de l'état du monde de s'exprimer. Cet impératif a été clairement mis en évidence dans les travaux fondateurs d'Alain Desrosières sur la statistique sociale. Il observe que « l'espace de représentativité des descriptions statistiques n'est rendu possible que par un espace de représentations communes portées par un langage commun, balisé notamment par l'État et le droit » (38). Dans cette perspective il y aurait beaucoup de leçons à retenir de l'expérience du Conseil d'Orientation des Retraites. L'une des raisons de la réussite de cette institution, au début des années 2000, fut justement qu'elle a permis d'associer les partenaires sociaux à la construction d'instruments de mesure et d'évaluation de l'évolution des systèmes de retraites. Cette méthode évite de succomber aux mirages de la quantification, en rapportant toujours la construction des instruments de mesure et d'évaluation à l'expérience que les intéressés peuvent avoir de ce qui est mesuré ou évalué. Elle permet ainsi de construire un cadre cognitif commun suffisamment fiable, au sein duquel peut se développer ensuite une négociation collective loyale et éclairée. L'une des leçons à retenir de cette expérience est sans doute qu'il serait vain de prétendre fondre dans une formule unique les différentes méthodes qui permettent ainsi de soumettre à l'impératif démocratique la construction des représentations chiffrées du monde. Ces méthodes ne sont pas forcément les mêmes selon qu'il s'agit de normes comptables, d'indicateurs de performance ou de catégories statistiques. L'impératif démocratique conduirait donc plutôt à créer autant de conseils qu'il y a d'affaires à traiter, et d'instaurer une forme renouvelée de la polysynodie, dont Rousseau s'employait déjà en 1718 à détailler les avantages et les inconvénients (39).

(36) Cf. *Protocole organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen, par le Sénat, des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*, approuvé par le bureau du Sénat le 16 décembre 2009.

(37) Cf. Sur ce point les critiques formulées par le Conseil d'État dans son rapport public 2008, *Le contrat mode d'action*

publique et de production de normes, Paris, LDF, 2008, pp. 263 et suiv.

(38) A. DESROSIERES, « Discuter l'indiscutable: raison statistique et espace public » [1992], repris in *Pour une sociologie historique de la quantification*, Paris, Presses de l'École des mines, 2008, t. 1, p. 77.

(39) Cf. J.-J. ROUSSEAU, « Polysynodie de l'Abbé de St. Pierre », in *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, La Pléiade, t. III, 1970, *Écrits politiques*, pp. 617 et suiv.