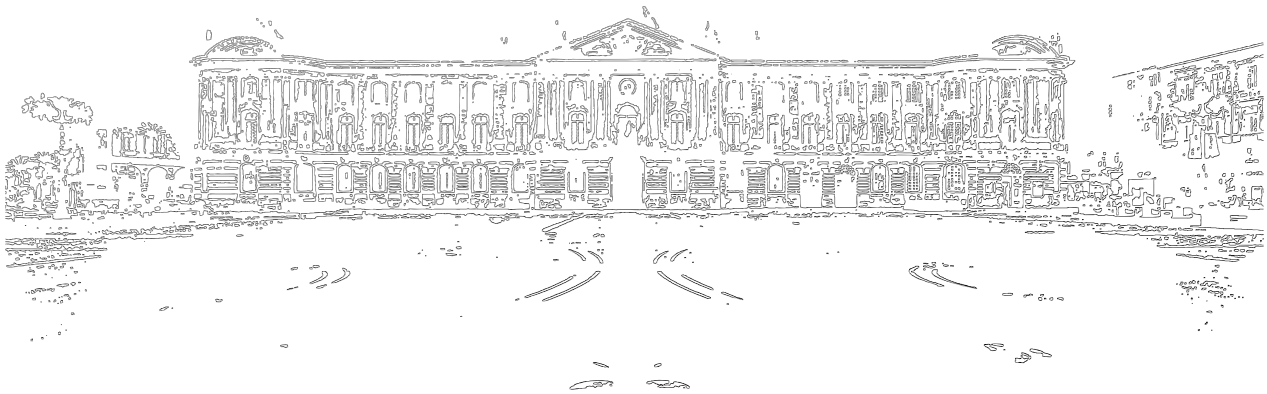


# Semaine sociale Lamy

[www.wk-rh.fr](http://www.wk-rh.fr)

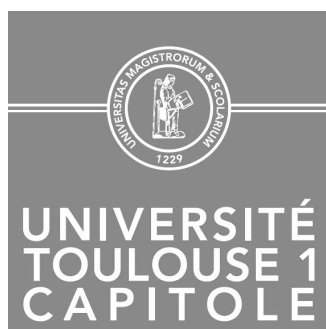
## NOUVEAU CODE DU TRAVAIL



Évaluation par les usagers  
et bilan des deux premières années d'application

**Colloque** Toulouse, 27 & 28 mai 2010

*Sous la direction de Lise Casaux-Labrunée*



Le Code du travail a cent ans ! Résultats d'une enquête inédite • Le Code du travail a-t-il été refait à droit constant ? L'interprétation des dispositions du nouveau Code du travail • Nouveau Code du travail et frontières du salariat • La réécriture des champs d'application du Code du travail • *Mobilis in mobile* : le Code du travail en mouvement • Le droit pénal du travail depuis la recodification du Code du travail • Point de vue de praticiens • L'après-Code du travail : rectifications et suivi du nouveau code • Recodification et inconstance du droit du travail • Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie • Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger •



### 3 AVANT-PROPOS

*Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole*

### 7 L'ÉVALUATION DU NOUVEAU CODE DU TRAVAIL PAR SES USAGERS

#### 7 Ouverture des travaux

*Jean-Denis Combrexelle, Directeur général du travail*

#### 9 Le Code du travail a cent ans !

*Gérard Couturier, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université de Paris I*

#### 16 Résultats d'une enquête inédite

*Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole*

*Carole Dupouey-Dehan, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole*

#### 34 Le Code du travail a-t-il été refait à droit constant ?

*Patrick Morvan, Professeur à l'Université Panthéon-Assas*

#### 47 L'interprétation des dispositions du nouveau Code du travail

*Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I*

#### 54 Nouveau Code du travail et frontières du salariat

*Jean-Yves Kerbourc'h, Professeur à l'Université de Nantes*

#### 60 La réécriture des champs d'application du Code du travail

*Paul-Henri Antonmattei, Professeur à l'Université Montpellier I*

*Michel Morand, Avocat cabinet J. Barthélémy, Professeur associé à l'Université d'Auvergne*

#### 64 *Mobilis in mobile* : le Code du travail en mouvement

*Nicole Maggi-Germain, Maître de conférences en droit privé, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne (ISST)*

#### 75 Le droit pénal du travail depuis la recodification du Code du travail

*Alain Coeuret, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*

### 88 TABLE RONDE: L'ACCESSIBILITÉ ET L'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS DEPUIS LE NOUVEAU CODE, POINT DE VUE DE PRATICIENS

#### 88 Du bon usage du code

*Françoise Champeaux, Rédactrice en chef, Semaine sociale Lamy*

#### 89 Point de vue des magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation

*Éléments de réponse commune à l'enquête « Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers »*

#### 90 Point de vue de conseillers prud'hommes. Nouveau Code du travail et exercice de la justice prud'homale

*Jean Mader, Président du Conseil des prud'hommes de Toulouse*

*Philippe David, Vice-Président du Conseil des prud'hommes de Toulouse*

92 **Point de vue d'un avocat**

*Pascal Saint Geniest, Avocat au barreau de Toulouse, Bâtonnier désigné de l'Ordre*

93 **Point de vue syndical – FO**

*Véronique Lopez-Rivoire, Responsable service juridique confédération Force Ouvrière*

95 **Point de vue syndical – CGT**

*Utiliser le Code du travail aujourd'hui, est-ce plus simple ?*

*Claudy Ménard, Représentant de la confédération CGT*

## **97 LE NOUVEAU CODE DU TRAVAIL DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE**

97 **L'après-Code du travail : rectifications et suivi du nouveau code**

*Hervé Lanouzière, Directeur du travail, Conseiller technique à la DGT*

106 **Recodification et inconstance du droit du travail**

*Françoise Favennec-Héry, Professeur à l'Université Panthéon-Assas*

113 **Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie**

*Nadège Meyer, Maître de conférences en droit privé,*

*Université de Nouvelle-Calédonie, membre du LARJE*

127 **Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger**

**Approche comparative de la codification du droit du travail**

*María Areta Martínez, Professeur des universités, Université Rey Juan Carlos (Madrid, España)*

Première partie: analyse comparée des codes du travail (p. 127)

Deuxième partie: la « codification » du droit social communautaire (p. 136)

## **149 EN GUISE DE CONCLUSION...**

### **MODESTES PROPOS DANS UNE PERSPECTIVE INTERNATIONALE**

*Jean-Claude Javillier, Professeur émérite Université Paris II,*

*Ancien directeur du département des normes de l'OIT*

## AVANT-PROPOS

« **V**ous les universitaires, arrêtez un peu de nous critiquer, aidez-nous plutôt ! » Le message du Directeur général du travail a bien été entendu (J.-D. Combrexelle, *Colloque « Modernisation du marché du travail »*, CCI Paris 19 mai 2008) au moins pour la part de vérité qu'il contient : l'universitaire critique beaucoup ceux qui agissent pour élaborer des normes juridiques adaptées aux besoins de la société contemporaine (législateur, gouvernement, juges...) tandis que son activité doctrinale comporte peu de risques et qu'il prend lui-même faiblement part à la construction normative. Sans doute l'universitaire est-il parfois consulté, rend-il souvent des expertises, participe-t-il à des commissions ou groupes d'études... Ses analyses sont généralement appréciées, résultant d'un ensemble de compétences dont le rassemblement est aujourd'hui assez rare : savoirs actualisés, capacités d'analyse, de synthèse, de transmission – l'art de l'écrit comme celui de l'oral – et surtout, précieux privilège dans nos sociétés où tout va si vite : le temps de penser et de livrer des réflexions qui ne soient pas uniquement de circonstance (Michelle Gobert, « *Le temps de penser de la doctrine* », *Revue Droit* 1994, 97). Sa voix, si autorisée soit-elle, est-elle toujours entendue ? Loin s'en faut. Ainsi vont les idées doctrinales, un peu comme des bouteilles à la mer, dont leur auteur ne sait jamais vraiment sur quel rivage elles échoueront, ni quel sera leur sort.

L'entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> mai 2008 d'un nouveau Code du travail, en dépit des critiques parfois vives ayant entouré les travaux de recodification, et le manque de confiance inspirée par ce code à peine réécrit, méritaient que des universitaires se mobilisent pour favoriser sa meilleure connaissance, au besoin son amélioration.

L'idée à l'origine du projet « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* » est simple. Comment faire pour savoir si ce code, à travers ses milliers d'articles, a été réécrit « à droit constant » ? Comment vérifier si cette « *entreprise historique* » (N. Olszak, *Dalloz* 2005, n° 11, *Tribune*) n'a pas été le prétexte ou l'occasion de procéder, ici ou là, à des régressions sociales ? La réponse est le fruit du bon sens : en interrogeant les usagers qui l'utilisent régulièrement, en soumettant ce nouveau code à « *l'épreuve des faits* ».

L'objectif du projet était d'y voir plus clair quant à la qualité de la recodification opérée, n'étant pas admissible qu'un code comme celui-là, l'un des plus utilisés en France, reste trop longtemps dans la tourmente. Il s'agissait aussi, en perspective du colloque de Toulouse, de recueillir des éléments objectifs permettant de réaliser un bilan serein, utile et constructif de ses deux premières années d'application... tout en célébrant les cent ans de la première version (v. G. Couturier, p. 9) !

### UN PROJET DE RECHERCHE INÉDIT

Le projet de recherche, dont les résultats sont présentés dans ce numéro spécial de la *Semaine sociale Lamy*, est inédit à plus d'un titre.

Il l'est d'abord en raison de son objet : procéder à l'évaluation d'un nouveau code en interrogeant les usagers qui l'utilisent régulièrement, et non en sollicitant exclusivement des experts. Cela a été dit aussi souvent qu'écrit : le Code du travail a été réécrit dans une logique « utilisateurs » (avocats, magistrats, inspecteurs du travail, juristes d'entreprise, conseillers prud'hommes, responsables et militants des organisations syndicales...) de façon à ce que ses mots soient compréhensibles par tous (v. P.-Y. Verkindt, p. 47). C'est donc à eux qu'il convenait de s'adresser en premier pour éprouver les objectifs de la recodification : rendre le droit du travail plus clair, accessible et intelligible aux juristes comme aux non-juristes travaillant sur ce code, sans changement de ses règles de fond.

La méthode suivie est également innovante : interroger les usagers et obtenir d'eux impressions générales et retours d'expérience ne suffit pas pour évaluer un code. S'agissant de ●●●

●●● réaliser une étude juridique, et non un simple sondage statistique, encore fallait-il mettre en place un dispositif permettant d'analyser, trier et hiérarchiser les difficultés signalées par les uns et les autres (du simple déplacement de virgule ou changement de mot entraînant un problème d'interprétation, à la véritable interrogation sur le droit constant)... d'où la désignation d'un groupe d'experts pour travailler sur les réponses brutes livrées par les usagers.

À notre connaissance, c'est la première fois qu'un groupe d'universitaires, spécialistes de droit du travail issus de différentes universités françaises, se saisit spontanément d'un sujet dans leur domaine de spécialité pour tenter, un tant soit peu, de le faire progresser (P.-H. Antonmattéi, Professeur à l'Université Montpellier 1; L. Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole; C. Dupouey-Dehan, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole; F. Favennec-Hery, Professeur à l'Université de Paris II - Panthéon-Assas; J.-Y. Kerbourc'h, Professeur à l'Université de Nantes; N. Maggi-Germain, Maître de conférences à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne (ISST); P. Morvan, Professeur à l'Université Paris II - Panthéon-Assas; P.-Y. Verkindt, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne).

Les moyens techniques sont enfin à souligner. C'est par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication que « l'appel à contribution » aux usagers du code a été lancé avec notamment la création d'un site Internet dédié au projet (<http://www.évaluationnouveau-codedutravail.fr>). Ce formidable outil a permis d'interroger d'un même coup l'ensemble des professionnels concernés sur l'ensemble du territoire... et au-delà! Chacun a pu ainsi s'exprimer librement sur le nouveau Code du travail pendant pratiquement un an (1<sup>er</sup> mai 2009 – 1<sup>er</sup> mai 2010) guidé par un questionnaire ouvert portant traduction en mots simples des objectifs et exigences de la recodification, notamment celles d'un droit plus clair et constant.

### UNE ÉVALUATION EN DEMI-TEINTES

---

Les professionnels et spécialistes de droit du travail apprécient-ils leur nouveau code? Le lecteur trouvera dans les pages qui suivent une série d'analyses qui révèlent, ainsi que l'on pouvait s'y attendre, des résultats mitigés. « *Ni excès d'honneur ni indignité* » (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *Revue droit du travail* 2007, p. 358) : telle est bien la formule qu'il convient de retenir. Des progrès restent à faire pour rendre le droit du travail plus clair et lisible, pour mieux traduire en cette matière l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit, notamment à travers son code dont la structure rénovée est néanmoins appréciée des usagers (v. L. Casaux-Labrunée et C. Dupouey-Dehan, p. 16).

Les réformes en cours ou à venir appellent par ailleurs une vigilance accrue sur la question particulière de leur intégration dans le nouveau code (v. F. Favennec-Hery, p. 106). Très riche en lois nouvelles (modernisation du marché du travail, rénovation de la démocratie sociale, réforme du temps de travail, épargne salariale, formation professionnelle...), la période 2008-2010 a déjà laissé entrevoir le risque de se retrouver tôt ou tard avec un nouveau code aussi illisible que l'ancien, si l'on ne prend garde à mieux respecter les règles de légistique adoptées lors de la recodification (choix sémantiques, logique des subdivisions, règles de numérotation...). Des progrès sont également à faire sur la stricte connaissance du droit applicable à diverses catégories de travailleurs (v. J.-Y. Kerbourc'h, p. 54). Le recentrage du nouveau code sur le « *droit commun du travail* » a inévitablement donné lieu à des externalisations d'articles vers des codes spécialisés existants (Code de l'action sociale et des familles, Code rural...) ou vers des codes en projet (v. N. Maggi-Germain, p. 64). Dans le premier cas, la connaissance du droit suppose « simplement » de nouvelles habitudes (consulter plusieurs codes au lieu d'un seul). Dans le second, tant que les codes annoncés ne sont pas adoptés, le risque est pris de laisser « dans la nature » des dispositions extraites de l'ancienne version, suspendues quelque part entre deux codes, l'un voué à disparaître, l'autre qui n'existe pas encore. L'adoption du tout nouveau Code des transports, après dix ans de travaux devrait régler une partie de ces difficultés (ord. n° 2010-1307, 28 oct. 2010, JO 3 nov.). D'autres sont en attente, comme le Code général de la fonction publique.

Sur la question majeure du droit constant, l'évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers n'a pas confirmé les accusations selon lesquelles la recodification n'aurait été qu'un prétexte pour favoriser des régressions sociales. Au contraire, pour une majorité de professionnels, même si les écarts sont grands entre catégories, la recodification a, de ce point de vue, tenu ses promesses (*v. P. Morvan, p. 34*).

Il n'empêche qu'une difficulté importante demeure, souvent signalée : celle des champs d'application du Code du travail (*v. P.-H. Antonmattéi et M. Morand, p. 60*). Elle n'est pas nouvelle : l'ancien code comportait déjà des « *champs d'application différents définis à l'aide de listes d'hypothèses particulières* » qui rendaient l'ensemble incompréhensible (*Ch. Radé, Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière, Dr. soc. 2007, p. 514*). La réécriture et la démultiplication des dispositions relatives aux champs d'application semblent avoir ici produit plus d'ombre que de clarté (*J. Chorin, « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », RJE, nov. 2010, n° 680, p. 2-14*). La difficulté est assez sérieuse pour que l'on y insiste : elle laisse aujourd'hui en France des milliers de salariés, entre secteurs privé et public le plus souvent, dans l'incertitude du droit applicable sur tel ou tel aspect à leur situation (droit syndical, représentation du personnel, négociation collective, santé au travail, intéressement...). Cette question constitue sans nul doute la difficulté majeure du nouveau code. À raisonner seulement en termes de sécurité juridique, il n'est pas satisfaisant qu'un pays comme le nôtre, doté d'un Code du travail neuf, laisse perdurer de telles situations hautement génératrices de contentieux. Il serait dommage sur ce sujet qu'un travail de correction, en fait un travail de fond, ne soit pas entrepris.

#### SUITE... ET FIN ?

Cette évaluation inédite permettra sans doute, du moins peut-on l'espérer, de mieux apprécier la qualité du nouveau Code du travail français (*v. M. Areta Martinez, p. 127, et J.-C. Favillier, p. 149*), tout au moins celui applicable en métropole (*v. N. Meyer, p. 113, sur le nouveau Code du travail calédonien*). Au-delà, quelles améliorations peut-on en attendre ?

Une chose paraît certaine : suite aux trois grandes séries de corrections déjà apportées au nouveau code depuis son adoption (*L. n° 2008-67, 21 janv. 2008; Déc. n° 2009-289, 13 mars 2009; L. n° 2009-526, 12 mai 2009*), il n'y aura pas de nouvelle loi rectificative (*v. H. Lanouzière, p. 91*). Pour autant, la logique d'amélioration suivie jusqu'à présent par les pouvoirs publics n'est peut-être pas à son terme. À condition de continuer à enregistrer les difficultés signalées et celles toujours susceptibles d'apparaître au fil du temps, d'autres corrections pourront sans doute avoir lieu, à l'occasion de réformes particulières (par exemple en droit pénal du travail, *v. A. Coeuret, p. 75*). Cela étant, pour les acteurs de la recodification qui ont ouvert ce chantier dès 2005, il est clair que ce « nouveau » code qui a déjà deux ans et demi d'existence... fait déjà partie du passé. Le projet de recherche « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* » restera en tous cas, pour ceux qui ont donné de leur temps pour le faire vivre, comme une très belle expérience de recherche universitaire. Le colloque de Toulouse restera, quant à lui, comme une magnifique rencontre entre professionnels d'horizons multiples (ministère du Travail, universités, palais, cabinets, entreprises, syndicats, presse spécialisée...) venus échanger de façon positive leurs idées et expériences sur ce qui constitue, au-delà de leurs différences, leur plus sûr dénominateur commun : le Code du travail.

Usagers du code, experts, partenaires (*v. p. 152*)... que tous ceux qui ont accepté, à un titre ou à un autre, de partager cette aventure soient ici chaleureusement remerciés ! ■

*Lise Casaux-Labrunée*

*Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole*

*Responsable du projet « Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers »*





# Ouverture des travaux

Jean-Denis Combrexelle, Directeur général du travail

**M**onsieur le Président, M. le Doyen, mesdames et messieurs les participants, je me réjouis d'être parmi vous et vous remercie de cette invitation dans vos murs, pour cette initiative particulièrement heureuse de procéder, deux ans après son entrée en vigueur, à une évaluation à froid du nouveau Code du travail par ses usagers. Je remercie l'Université de Toulouse et voudrais rendre un hommage particulier au travail remarquable du Professeur Lise Casaux-Labrunée pour l'organisation de cette manifestation.

Nous allons donc débattre durant deux jours, avec un plateau réunissant les meilleurs spécialistes mais aussi, et c'est la grande originalité, à partir des résultats d'une enquête auprès des usagers, dont les réponses ont été gardées secrètes jusqu'à ce jour et que je vais découvrir avec vous. C'est dire si je suis impatient...

En effet, et ce sera tout le sens de mon message, je ne répéterai jamais assez que la recodification a été faite avec un seul souci : celui de faciliter l'accès du droit aux usagers. Cette opération s'inscrivait dans ce que l'on appelle « *la politique du travail* » qui visait à rééquilibrer la loi et la négociation collective, au profit de cette dernière, à renforcer l'ordre public social, à renforcer les moyens de l'inspection du travail et à améliorer la qualité de la norme, ce à quoi participait directement la recodification.

La tâche n'était pas évidente. Car, comme je l'ai maintes fois rappelé, le Code du travail n'est pas n'importe quel code. Il porte une charge symbolique et une histoire empreinte de conflits sociaux et politiques. Chacune de ses dispositions a une histoire.

Surtout, ce code concerne 17 millions de salariés au quotidien et est consulté très régulièrement par des centaines de milliers d'entre eux, qui cherchent, ainsi que leur employeur, des réponses simples aux questions auxquelles ils sont confrontés dans l'instant. Bien souvent, il est question de leur emploi, de leur salaire, de leur santé... de

choses vitales pour eux, et la réponse ne peut se faire attendre. Et même si le droit est bien souvent affaire de spécialistes, on n'empêchera pas ses destinataires de s'en emparer, de le lire et de tenter d'y trouver les réponses rapides à leurs questions. C'est légitime.

La règle de droit doit donc être claire ; sa compréhension, certes toujours sujette à interprétation, doit être la plus explicite possible. C'est la condition de son effectivité.

Deux maîtres mots ont ainsi guidé les travaux de recodification : accessibilité et intelligibilité du droit. Deux mots dont le conseil constitutionnel a fait une exigence et un principe de valeur constitutionnelle.

Il y a un point sur lequel j'insisterai, car il relève de choses internes à l'Administration et au ministère du Travail qui ne sont pas forcément visibles. Tous ceux qui ont participé un jour à un exercice de codification savent que les conditions dans lesquelles la recodification du Code du travail s'est opérée ont été exceptionnelles et ce, dans le bon sens du terme.

Ceci est dû en premier lieu à la volonté et au soutien sans faille des ministres sous l'autorité desquels l'opération a été conduite, en particulier Messieurs Gérard Larcher et Xavier Bertrand. Ces soutiens ont été exempts de toute intervention directe ou indirecte, formelle ou informelle, des ministres ou de leurs cabinets sur la rédaction du nouveau code.

Ceci est dû ensuite à la composition quantitative et qualitative des équipes qui ont conduit les travaux, sous la responsabilité de Jean Michel puis d'Hervé Lanouzière, mais aussi à l'implication très importante des experts, des partenaires sociaux, de la Commission supérieure de codification et du Conseil d'État.

Pourtant, le calendrier, qui fut *in fine* respecté, n'était pas neutre : élections présidentielles, législatives, municipales, prud'homales, CPE, loi de ratification, saisine du Conseil constitutionnel...



●●● La Cour de cassation est venue couronner cet édifice par un arrêt récent, dont on aura l'occasion sans doute de reparler, sur la question du « droit constant ».

Cependant, le discours de la Direction générale du Travail n'a jamais été de dire que le nouveau Code du travail était un objet parfait et exempt de toute critique. Et le sens de mon intervention n'est surtout pas de clore le débat avant même qu'il ait commencé. Au contraire, nous avons besoin d'échanges avec tous les intervenants dans le champ du droit du travail afin de voir les problèmes posés par telle ou telle rédaction, de sorte que le code soit un objet vivant, soumis à améliorations. La critique non seulement peut mais doit exister et ce sera tout l'objet de ce colloque que de permettre cet échange.

Il n'y a qu'une critique que j'admets moins que les autres. C'est celle qui consiste à dénier à l'opération de recodification son caractère d'intérêt général. Nous sommes ici dans une faculté de droit. L'intérêt général est une notion importante, notamment en droit public, qui parfois peut paraître abstraite. Mais ce que je peux dire, c'est que le Code du travail, quels que soient ses défauts, quelles que soient les critiques que l'on peut porter sur les choix qui ont été faits, qu'il s'agisse du plan ou des rédactions adoptés, n'a été guidé que par une seule chose de la part de ceux qui ont directement travaillé sur ce projet : l'obsession de l'intérêt général, des praticiens, de tous les utilisateurs d'un code qui est un élément essentiel de notre ordre juridique. ■

# Le Code du travail a cent ans !

Gérard Couturier, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université de Paris I

Ce sont les promoteurs de cette enquête portant sur l'évaluation du nouveau Code du travail et du colloque qui la prolonge en vue d'un bilan des deux premières années de son application qui ont eu la bonne idée d'une entrée en matière intitulée « *Le Code du travail a cent ans!* ». L'affirmation a quelque chose d'évidemment paradoxal. Le présent Code du travail est nouveau et date de trois ans à peine; en cent ans, on a connu non pas un mais trois codes du travail successifs. Cette formule a même un tour plaisamment provocateur parce que ces codes du travail successifs ont été presque constamment contestés et critiqués, ils ont été très peu honorés comme il sied à l'occasion des anniversaires.

Reste que cent ans se sont effectivement écoulés depuis la loi ayant eu pour objet d'établir le premier Code du travail. À notre époque où la tendance aux commémorations est manifeste – et, sans doute, excessive –, celle du Code du travail paraît avoir été oubliée. On a vu célébrer les cinquante ans de l'institution des comités d'entreprise, le centenaire de l'inspection du Travail, puis celui du ministère du Travail lui-même; de celui du Code du travail il n'est guère question.

Le centenaire du Code du travail ne mériterait-il pas pourtant d'être célébré aussi? Il y aurait de fortes raisons pour souligner l'importance de cette première codification du droit du travail: il a été observé qu'elle a produit « *le premier grand code post-napoléonien* »<sup>1</sup>. Rétrospectivement, cette codification apparaît comme étant intervenue très tôt, alors que le droit travail lui-même n'en était encore qu'à ses prémices. Parce qu'elle a été antérieure à l'essentiel des règles qui font la matière du droit du travail, cette codification était une œuvre anticipatrice, voire prémonitoire.

Le centenaire lui-même, il est vrai, aurait à être vérifié: la datation exacte du Code du travail initial est délicate. À l'origine de l'entreprise de codifi-

cation, on trouverait de multiples propositions, celle du Député Groussier en 1898, mais auparavant celle d'Albert de Mun dès 1889. Le chantier législatif a connu, quant à lui, un avancement particulièrement laborieux. L'arrêté du 27 novembre 1901 avait mis en place une commission de codification. Cette commission dite de « *codification des lois ouvrières* » élaborait en quatre ans un projet de « *Code du travail et de la prévoyance sociale* ». En 1905, les cinq premiers livres de ce code ont été votés par la Chambre des députés, mais l'opposition du Sénat a provoqué le retrait du projet de son ordre du jour. C'est donc sensiblement plus tard que les Livres de ce premier code ont été adoptés, les uns après les autres: le Livre I, *Les conventions relatives au travail*, en 1910; le Livre II, *De la réglementation du travail*, en 1912; le Livre IV, *De la juridiction, de la conciliation et de l'arbitrage, de la représentation du personnel* (1924); le livre relatif aux *Groupements professionnels syndicaux et coopératives* en 1927. Le projet des trois derniers livres a été abandonné en 1929.

Le centenaire qu'il s'agit de célébrer est donc précisément celui de la loi du 28 décembre 1910 qui fut à l'origine du Livre premier du premier Code du travail. Mais cette célébration peut opportunément être l'occasion d'évoquer l'expérience de ces cent années: expérience d'une codification d'abord progressivement continuée puis périodiquement renouvelée, en même temps qu'expérience des difficiles relations du Code du travail et de ses « *usagers* ».

## 1 LES PARADOXES D'UN CENTENAIRE

Ce n'est pas dans le Code du travail qu'on pourrait trouver le monument législatif considérable que constitue un code centenaire. En cent ans, trois codes, déjà, se sont succédé, qui ●●●

1. A. Jeammaud, « *La codification en droit du travail* », *Droits*, 1998, p. 162-163.

●●● correspondaient à des projets bien différents les uns des autres. Ces trois codes, au demeurant, ont, chacun à son tour, suscité des réserves, provoqué déception et critiques.

## ► Trois expériences fortement différenciées

La succession même de ces trois codes a été significative ; elle est révélatrice de ce qui a été – et de ce qui, sans doute, est aujourd’hui encore – attendu du Code du travail.

Le premier des trois s’est situé à un moment évidemment privilégié de l’histoire du droit français. Chacun sait que le passage du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle a été pour les juristes français un basculement dans une époque profondément nouvelle. Ce moment était, entre autres multiples choses, celui de la célébration du centenaire du Code civil. Évidemment, ceux qui, dans les dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle ou les premières années du XX<sup>e</sup>, envisageaient l’élaboration d’un Code du travail pensaient d’abord à la situation qui devrait être celle de ce nouveau code par rapport au code par excellence, c’est-à-dire au Code civil<sup>2</sup>. Il n’était certes pas attendu du Code du travail qu’il soit un autre Code civil, susceptible de rivaliser avec le premier en importance et en autorité. Du moins s’autorisait-on à l’envisager comme un autre code, un code distinct, un code différent.

Il faut rappeler, à cet égard, qu’à la suite du blocage de 1905, des démarches alternatives à l’élaboration d’un Code du travail ont été engagées, qui consistaient à passer par le Code civil : un régime du contrat de travail aurait été introduit dans le cadre d’un Code civil rénové, il aurait été complété ou non par une réglementation du travail demeurée distincte<sup>3</sup>. On cite en ce sens un projet Doumergue élaboré à partir des travaux de différents cercles et associations, déposé à la chambre des députés mais finalement non débattu. Il paraît que, du moins pour l’établissement de « principes directeurs », Paul Pic lui-même y était plutôt favorable.

C’est la formule du Code du travail élaboré et établi comme tel qui a cependant prévalu. La codification initiée par la loi de 1910 a donc été la manifestation d’une émergence, celle du droit du travail en tant que branche du droit. Elle s’inscrivait de façon très marquée dans ce qui a été vu comme

« un processus d’autonomisation du droit du travail par émancipation vis-à-vis de sa matrice civiliste »<sup>4</sup>.

Le fait que l’on ait voulu faire ce code et cru pouvoir le faire était en lui-même riche de signification : « même imparfaite sinon trompeuse, la forme Code du travail a pu attester la réalité d’un nouveau sous-ensemble du droit de la République, mais aussi nourrir sa légitimité en suggérant l’image d’un corpus cohérent, mettant en œuvre certaines valeurs de justice et durablement installé... »<sup>5</sup>

Le Code du travail de 1973 a occupé une place particulière dans l’œuvre de codification qui, par étapes et même par époques, s’applique à l’ensemble du droit français depuis plus d’un demi-siècle. Il est situé bien après l’invention de la « codification administrative » aux débuts de la Quatrième République : il avait été décidé en 1948 de procéder dans certaines matières à une codification des lois existantes par décret sans modification substantielle et sans validation législative. Le travail avait été confié à une commission animée par Gabriel Ardant, lequel en a rendu compte dans un important rapport de 1952<sup>6</sup>. Mais il est situé bien avant la « relance de la codification » qu’on a connue à la fin des années 1980.

Ce code est tout de même passé par une loi : la loi n° 73-04 du 2 janvier 1973 relative au Code du travail. Le rapporteur de celle-ci à l’Assemblée nationale avait pris soin de justifier qu’ait été empruntée cette voie malgré tout législative<sup>7</sup>. Mais la partie législative du nouveau code figurait simplement en annexe à la loi qui fut, au demeurant, rapidement votée. Les deux autres parties ont fait l’objet du décret du 15 novembre 1973.

C’est que l’objectif était limité : il s’agissait de remédier au vieillissement des textes en la forme et de les réorganiser selon un plan mieux adapté. La nécessité de cette remise en forme et en ordre témoignait d’une crise de croissance : celle d’un droit du travail qui ne tenait plus dans la structure, les subdivisions, voire les catégories du code initial. À cette nécessité, c’est pourtant une réponse délibérément modeste qui était apportée. Les promoteurs du Code de 1973 prenaient soin de le distinguer nettement de la « réforme en profondeur » qui restait, quant à elle, « à l’étude », à la grande œuvre qui restait à accomplir, mais dont ce code pourrait être un « préalable indispensable »<sup>8</sup>.

2. V., not. Paul Pic, « Le centenaire du Code civil et le droit social de demain, Questions pratiques de législation ouvrière », 1904, p. 474 et s.

3. V. Durand et Jausaud, *Traité de droit du travail*, Ed. Dalloz, T. 1, 1947, p. 117.

4. Le Goff, *droit du travail et société*, Presses universitaires de Rennes, T. I, p. 38.

5. A. Jeammaud, art. préc., *droits*, p. 168.

6. V. G. Ardant, *La codification permanente des lois, décrets et circulaires, RD public*, 1952, p. 35 ;

Grosheins, « La codification par décret des lois et règlements », *D.*, 1958, *chron.* 157.

7. V. Rapport Caille, *Ass. nat.* 1972, n° 2703.

8. Rapport Caille précit., p. 6.

Le Code de 1973 ne pouvait donc pas répondre aux exigences de ceux qui, à la même époque, militaient pour un Code du travail qui fût réellement « nouveau » : dans le programme commun de gouvernement de la gauche de 1972 figurait le projet d'un « nouveau Code du travail » ; ce projet figurait toujours dans le programme « actualisé » de 1978, en dépit de la loi du 2 janvier 1973 intervenue entre-temps.

Le « nouveau Code du travail » est donc maintenant celui qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. Il se rattache assurément à la codification de l'ensemble du droit telle qu'elle est aujourd'hui conçue, systématisée et justifiée. Le mouvement remonte au moins aux circulaires Chirac (1987) et Rocard (1988)<sup>9</sup>. Il s'est traduit par la mise en place en 1989 de la Commission supérieure de codification (*décret du 12 septembre 1989*). Cette codification contemporaine est volontiers caractérisée par ses objectifs, formulés en termes d'accessibilité et d'intelligibilité, donc de simplicité gage de sécurité juridique. La théorie et la pratique de la codification au cours de la dernière période ont produit un corpus considérable de formules et d'analyses en ce sens ; la plus récente codification du droit du travail s'y rattache essentiellement. C'est ce qui explique la généralité des considérations évoquées par le Conseil constitutionnel à son propos : « *Considérant que la codification répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"...* »<sup>10</sup>

Dans cet esprit, les maîtres mots de cette codification étaient ceux de modernisation et de simplification. Rappelons que la recodification du Code du travail par voie d'ordonnance avait été autorisée d'abord par l'article 84 de la loi du 9 dé-

cembre 2004 intitulée « *Loi de simplification du droit* ». C'est seulement parce que les délais prévus pour l'élaboration du nouveau code n'ont pas pu être tenus que l'habilitation législative a dû être renouvelée par la loi du 30 décembre 2006 « *pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social* ».

La conception de la codification qui semble prévaloir aujourd'hui est illustrée par ce nouveau code de façon très caractéristique. C'est ce qui a permis de le présenter comme une « *démarche exemplaire de recodification* »<sup>11</sup>, en même temps qu'il constitue une application du procédé législatif de codification par voie d'ordonnance : après l'habilitation initiale, la partie législative du code a fait l'objet de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 « *relative au Code du travail* » et celle-ci a été à son tour ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

### ► Des codes sans codification véritable ?

Ainsi, le droit du travail a été plusieurs fois codifié et recodifié, mais en est-il résulté des codes dignes de ce nom ?

Tout dépend de ce que l'on met derrière le terme de codification. D'un côté, l'idée de codification, dans son acception la plus haute, implique que la matière juridique soit elle-même renouvelée par son organisation en un système nouveau, caractérisé par ses fondements et sa logique propres<sup>12</sup>. De l'autre côté, l'acte de codifier peut aussi se définir négativement, comme dans la formule de Gény selon laquelle la codification « *n'apparaît pas comme autre chose qu'une opération de pure forme, de simplification et de classement* »<sup>13</sup>.

Dans le passé, il est manifeste que les auteurs se sont longtemps refusé à voir dans le Code du travail un code véritable dans toute l'acception de ce terme. L'instabilité des règles en la matière pouvait être une explication. Ainsi, pour Paul Durand : « *... une œuvre de codification suppose la cristallisation d'un groupe de rapports juridiques. Le droit du travail est encore trop mouvant pour pouvoir être parfaitement codifié.* »<sup>14</sup>

En 1966, Gérard Lyon-Caen posait encore la question du code en ces termes : « *Y a-t-il un Code du travail ? Sur ce point l'apparence est* ●●●

9. Circ. 15 juin 1987 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires et du 25 mai 1988.

10. Cons. const., décision n° 2007-561, 17 janv. 2008, relative à la loi de ratification, n° 6.

11. Mme J. Irlès, rapport à l'Assemblée nationale sur la loi de ratification, rapport n° 46, pp. 7-8.

12. Sur l'idée de codification, v. not. B. Oppetit, « De la codification », D. 1996, chron., 33.

13. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2<sup>e</sup> éd., 1919, T. 1, n° 9.

14. Durand et Jaussaud, *Traité précit.*, n° 98, p. 120.

●●● *trompeuse et toutes les opinions sont défendables. Le code existe comme compilation (partielle); il n'existe pas comme système de normes. Il existe dans la mesure où existe un Code de la sécurité sociale; il n'existe pas au sens où il y a un Code civil.* »<sup>15</sup>

Évidemment, c'est encore la comparaison avec le Code civil qui expliquait ces réserves et restrictions. Citons, par exemple, Pierrette Rongère : « le Code Napoléon possède une logique interne; temple ou prison, il est un monument classique, aux colonnes régulières et harmonieuses, alors que le Code du travail de 1973, même rénové et soumis à la logique de la numérotation décimale, demeure une juxtaposition de textes de circonstance, de principes parfois contradictoires ou à peine formulés... Le palais du facteur Cheval. »<sup>16</sup>

S'il fallait distinguer la codification proprement dite et « les autres formes de systématisation du droit »<sup>17</sup>, de quel côté mettrait-on une compilation telle que celle ainsi décrite ?

Codification ou compilation, c'est cette alternative qui était – explicitement ou implicitement – posée à propos des premiers projets de Code du travail<sup>18</sup>. La mission de la commission de codification installée en 1901 était, sans équivoque, une mission de compilation : il s'agissait de collecter les dispositions des lois existantes et de les coordonner dans un texte unique sans en modifier le sens ni la portée. On rapporte toutefois que le Ministre Alexandre Millerand avait admis que la commission pourrait au moins corriger « les dispositions non harmoniques ou même contradictoires des lois à codifier » ; l'usage fait de cette faculté aurait été à l'origine des protestations du Sénat et de l'ajournement du projet<sup>19</sup>. Reste que la formule de la compilation retenue pour l'essentiel portait la doctrine à ne voir dans la première loi de codification qu'une « loi de façade »<sup>20</sup>.

La Loi de 1973 a opéré à son tour une recodification-compilation. Les inconvénients de l'exercice étaient cependant connus : ceux qui « ne peuvent modifier le contenu et la portée des textes... sont contraints d'introduire dans le texte de synthèse les manques de la législation originnaire »<sup>21</sup>. La compilation comporte aussi un risque : quand une règle est imparfaitement reproduite, elle peut se trouver en apparence modifiée. Le code de 1973 en a fourni de multiples exemples. Des maladresses

de codification se traduisaient par des modifications « subreptices et substantielles »<sup>22</sup>. Il a appartenu au juge d'effacer ces malfaçons en privant d'effet des modifications qui n'avaient pas lieu d'être.

La jurisprudence de la Cour de cassation a été très claire en ce sens. Il a été, par exemple, jugé que « le décret du 15 novembre 1973 qui n'était qu'une œuvre de codification des textes antérieurs n'avait pas eu pour objet de modifier les dispositions contenues dans ceux-ci et que, par suite, la substitution dans l'article L. 435-2 du nouveau Code du travail de la conjonction "ou" à la conjonction "et" qui figurait dans l'article 3 de la loi du 29 décembre 1972 remplacé par le nouveau texte, était dépourvue de conséquence quant à son sens et à sa portée »<sup>23</sup>.

Dans d'autres arrêts, la Cour a affirmé simplement et péremptoirement que « la codification n'a pas modifié la réglementation en vigueur »<sup>24</sup>.

En la forme, il s'observe que la Cour de cassation utilisait là le terme de codification dans un sens réducteur : ce qui relève de la codification a donc nature de simple compilation. Mais quant au fond, il s'observe que la Cour de cassation consacrait là ce qu'on a, depuis, proposé d'appeler le « principe d'interprétation constante »<sup>25</sup> : la codification n'ayant pas pour objet de modifier la teneur de la règle, celle-ci doit être interprétée et appliquée de la même façon après qu'avant.

S'agissant maintenant du dernier code, la formule qui lui est applicable est évidemment celle de « codification à droit constant ». C'est que l'on dispose aujourd'hui d'une véritable théorie juridique de la codification à droit constant. Il est devenu tout à fait naturel de prendre le terme de codification dans le sens de « remise en ordre du droit positif »<sup>26</sup>. La formule est intellectuellement maîtrisée, ne serait-ce qu'à la lumière de dix ans de jurisprudence du Conseil constitutionnel : le principe de la codification « à droit constant... s'oppose à ce que soit réalisée une modification du fond des matières législatives codifiées »<sup>27</sup>. On connaît aussi les faiblesses de la formule et ses limites<sup>28</sup>. Il est acquis, au demeurant, que la recodification par voie d'ordonnance peut aller jusqu'à « adapter la législation à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat », à condition

15. G. Lyon-Caen, « Faut-il refaire un Code du travail? », D. 1966, chron., p. 33.  
16. V. P. Rongère, Mélanges André Brun, p. 455.  
17. V. J.-L. Sourieux, « Codifications et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle », Rev. internat. de droit comparé, 1989, numéro spécial, p. 1245.  
18. V. F. Hordern, « Codification ou compilation. Autour de la naissance du Code du travail », in Histoire de l'Office du travail, Syros, 1992, p. 247.  
19. V. Durand et Jausaud, traité précité., p. 118.  
20. V. G. Bry, « Les lois du travail industriel », Sirey, 1921, n° 41, p. 30, citant Thaller et Pic.  
21. Mise en garde de J.-P. Murcier, Dr. soc., 1955, p. 216.  
22. Formule d'A. Jéamnaud, Annales Université Lyon III, 1975, II, p. 206.  
23. Cass. soc., 22 mai 1975, 75-60.027, Bull. civ., V, n° 68 p. 237, SNPA.  
24. Cass. soc., 3 juin 1977, n° 77-60.024, Bull. civ., V, n° 374 p. 297, Hauts fourneaux de la Chiers.  
25. V. Ch. Radé, Dr. soc., 2009, p. 776.  
26. V. B. Oppetit, art. précité. au D. 1996.  
27. Décision n° 99-421, DC, 16 déc. 1999, loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.  
28. V. N. Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant », RTD civ. 2000, p. 189.

bien sûr que ces modifications ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles<sup>29</sup>.

Dans sa singularité, l'expérience du dernier Code du travail fait bien voir ce que sont les variables de la codification à droit constant. Elles peuvent tenir aux modalités de l'habilitation. C'était, ici, l'article 57 de la Loi du 30 décembre 2006 qui disposait dans son II : « *les dispositions codifiées en vertu du I sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet.* »

Il est évident que la référence à la hiérarchie des normes, les objectifs de cohérence rédactionnelle et d'harmonisation de l'état du droit de même que l'identification des dispositions devenues sans objet sont susceptibles de donner lieu à de délicates difficultés d'application.

Les variables peuvent tenir aussi au contenu de la loi de ratification. Comme on pouvait le relever particulièrement à l'occasion de la loi du 21 janvier 2008, « *l'intérêt d'une loi de ratification, outre de rendre sans objet les recours engagés devant la juridiction administrative contre cette ordonnance en donnant une valeur législative à l'ordonnance qu'elle ratifie, est de permettre au législateur d'ajuster les dispositions soumises à son approbation* »<sup>30</sup>.

Quant aux constantes de la codification à droit constant, ce n'est pas tellement dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos du nouveau Code du travail qu'on en trouve la marque – dans la décision sur la loi de ratification, il est jugé qu'à l'égard d'une telle loi, le moyen tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation est inopérant<sup>31</sup>. C'est plutôt dans la jurisprudence de la Cour de cassation : celle-ci, en effet, s'est déjà nettement engagée dans la voie consistant à faire application de la règle initiale en dépit de la modification qui semblerait lui avoir été apportée à l'occasion de la recodification. On pense, bien sûr, à l'affirmation selon laquelle le nouvel article L. 2143-6 « *n'a pas modifié* » (comprendons : n'a pas dû ou n'a pas pu modifier) « *le champ d'application du*

*dernier alinéa de l'article L. 412-11 qu'il remplace* »<sup>32</sup>; ou aussi à l'arrêt qui remédie à une lacune du nouveau code en maintenant le droit antérieur au motif que « *sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant* »<sup>33</sup>.

## 2 CENT ANS DE CODE DU TRAVAIL

La conception de chacun de ces trois codes du travail successifs a donc été une expérience singulière. Pourtant, la commémoration de ce centenaire doit être aussi l'occasion d'évoquer une expérience pérenne : celle de notre relation au Code du travail.

### ► Cent ans d'attentes toujours renouvelées

Pendant presque toute la période considérée, la perspective d'un « *nouveau Code du travail* » a été une aspiration récurrente.

Les prises de position « *pour un nouveau Code du travail* » ont eu parfois la simplicité du slogan; parfois, il s'est agi de projets politiques encore peu définis quant au contenu, comme dans le programme commun de la gauche de 1972 déjà évoqué. Les juristes, quant à eux, déçus dans leurs attentes vis-à-vis du Code du travail se sont quelques fois plus complètement expliqués sur ce que ce code devrait être. On ne pourra que mentionner ici quelques prospectives mémorables.

D'un côté, le projet d'un Code du travail rajeuni, mieux adapté à son époque : Jean-Paul Murcier, cherchant à s'exprimer au nom des militants sur lesquels « *repose l'application pratique de la législation du travail* » s'était ainsi prononcé « *Pour un Code du travail moderne* »<sup>34</sup>. Cette modernisation ne se confondait certes pas avec la « *grande réforme* » vers laquelle, selon l'auteur, il fallait tendre. Elle n'était qu'une étape pour « *accroître l'efficacité de la réglementation actuelle* » en permettant aux intéressés de mieux connaître et invoquer des règles plus précisément formulées, plus simples et plus homogènes. Ceci, « *pour préparer ces réformes de structure dont les plus essentielles sont celles qui définiront à nouveau la place des travailleurs dans la vie économique, ce qui englobe tout à la fois la réforme de l'entreprise capitaliste et le règlement des conflits collectifs* ». ●●●

29. Cons. const., décision n° 2003-473, DC, 26 juin 2003.

30. Mme J. Irlès, Rapport à l'Assemblée nationale précité.

31. Décision n° 2007-561, DC, 17 janv. 2008, précité.

32. Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 08-60.484, Monoprix, Dr. soc., 2009, p. 776, note Ch. Radé.

33. Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, JCP S, 2010, p. 1234.

34. Titre de son article au Dr. soc. 1955, p. 216.

●●● D'un autre côté, le projet d'un code plus construit et autonome, correspondant mieux à la place du droit du travail dans l'ensemble de l'ordre juridique : posant, en 1966, la question « *Faut-il refaire un Code du travail ?* »<sup>35</sup>, parce que « *on pourrait s'en passer* », mais qu'il était impossible de « *se contenter de l'existant* ». Le code refait devrait régler « *les rapports entre règles générales et règles spéciales et les rapports avec le droit civil* ». Il devrait couvrir l'ensemble de la matière, « *tout ce qui intéresse le rapport de travail devrait être traité sans déroba et sans possibilité de renvoi et d'application subsidiaire du droit civil* ». Il devrait faire apparaître « *le statut moderne du travail comme un tout se suffisant à lui-même* ». Il devrait comporter un titre préliminaire avec des principes généraux relatifs aux sources et les définitions des concepts du droit du travail dans leur spécificité (ordre public social, avantages acquis, représentativité), etc.

Le « *code de cent articles* », c'était la formule qui avait été avancée par des inspecteurs du Travail partisans d'une « *recodification qualitative* » et cherchant à asseoir une légitimité nouvelle du droit du travail sur un Code du travail réduit à l'essentiel. Cette orientation a été reprise et discutée par Antoine Jeammaud quand il a posé la question d'un « *code allégé* »<sup>36</sup>.

Plus récemment, l'évolution souhaitable du Code du travail a plutôt été présentée comme devant avoir un objectif d'efficacité. « *Pour un Code du travail plus efficace* », c'était le titre même du rapport remis au ministre des Affaires sociales et du Travail par Monsieur de Virville, au nom de la commission qu'il présidait, en janvier 2004. Des priorités y étaient affirmées relativement au Code du travail : « *Faciliter l'accès aux principales règles du droit du travail ne suffit pas. Il convient par ailleurs de rendre ces règles plus intelligibles pour leurs destinataires. La première des priorités à cet égard devrait être la refonte du Code du travail. Le code, dans sa version actuelle, a été élaboré en 1973. Les nombreuses modifications qu'il a subies en trente ans ont mis à mal sa logique initiale.* »

À quoi se rattachait l'une des premières propositions du rapport (*Proposition n° 3*) tendant à une « *refonte constructive du Code du travail* ». Il y était envisagé d'aller un peu au-delà de la codification à droit constant en usant des possibilités

évoquées dans la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003<sup>37</sup> : « *à l'occasion de la refonte du Code du travail, le gouvernement pourrait non seulement apporter des corrections de pure forme – reformuler telle ou telle disposition peu claire, modifier l'ordre des articles et des divisions, faire disparaître les différences de terminologie non justifiées entre les différents articles – mais aussi supprimer les dispositions devenues illégales ou obsolètes au regard de la hiérarchie des normes et notamment au regard du droit communautaire, et toucher, sur des points mineurs, au fond du droit, dans les limites tracées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* »

Dans ces propositions récentes, on retrouve certes des formules et une approche caractéristique de l'époque. Mais on y retrouve aussi – et fondamentalement – des préoccupations qui se sont exprimées en permanence à l'égard du Code du travail. La lisibilité était la première de celles exprimées par J.-P. Murcier qui s'inquiétait des mots utilisés dans le code et de la présence de définitions. Le souci de la hiérarchie des normes était aussi celui qu'il exprimait en soulignant l'exigence de légalité. Il y a bien une permanence des attentes qui s'expriment à l'égard du Code du travail, attentes qui rejoignent depuis quelque temps les objectifs généraux de simplification et de clarification du droit qui ont déterminé la « *relance de la codification* » à partir de 1988-1989.

## ► Cent ans de récriminations

Les attentes déçues se muent en critique. Assurément, les codes du travail successifs ont essuyé beaucoup de critiques. À cet égard aussi, une certaine permanence s'observe : on a beaucoup dit que les mêmes critiques – portant sur le plan du code, son caractère incomplet, sur la numérotation des articles, sur le manque d'actualisation – qui étaient adressées au Code du travail initial et avaient donc déterminé la recodification de 1973, sont très rapidement réapparues pour être dirigées contre le code de 1973. Et ne se retrouvent-elles pas, déjà, dans les discussions auxquelles le dernier code a immédiatement donné lieu ? La répétitivité de critiques récurrentes a quelque chose de décourageant. C'est ce qui dissuade d'en établir un florilège complet. On voudrait plutôt mettre au regard des principaux thèmes de cri-

35. Article au D. 1966, *chron.*, p. 33.

36. Art. Dr. soc., 1993, P. 638.

37. Décision n° 2003-473, DC, 26 juin 2003, *précit.*



tiques – qui sont remarquablement permanents, s'ils ne sont pas vraiment séculaires – les constatations rassurantes que formule le Conseil constitutionnel à l'égard du nouveau code<sup>38</sup>.

Des contestations ont toujours porté sur le périmètre du Code du travail. Le premier code, on l'a rappelé, était structurellement incomplet. On a maintes fois reproché au code de ne pas contenir tout ce qu'on devrait pouvoir y trouver<sup>39</sup>. Les critiques portaient sur l'inclusion et la non-inclusion dans le code de certaines matières<sup>40</sup>, ou des règles spéciales applicables dans certains secteurs. La réponse qui est celle du dernier code est évoquée par le Conseil constitutionnel en ces termes : « *le législateur a entendu intégrer ou maintenir dans le Code du travail l'ensemble des dispositions de portée générale et déplacer, au demeurant de manière limitée, celles qui sont propres à certains secteurs d'activité ou catégories professionnelles dans les codes les régissant ; qu'il a ainsi fait figurer les dispositions relatives aux commissions d'hygiène et de sécurité dans les lycées techniques ou professionnels à l'article L. 421-25 du Code de l'éducation.* »

Fallait-il aussi que soient incorporées au code les évolutions résultant d'apports jurisprudentiels majeurs ? Cela a été réclamé, en d'autres temps, afin que le Code du travail informe ses usagers sur le droit réellement applicable<sup>41</sup>. Une telle actualisation intégrant au code les apports jurisprudentiels se traduirait par ce qu'on a appelé une « *codification-consolidation* »<sup>42</sup>. À la suite du dernier code, il apparaît que des discussions renaissent quant à l'attention qui aurait été portée aux solutions de la jurisprudence, ou qui aurait pu leur être portée...

La critique du plan constitue un exercice traditionnellement très en honneur dans les facultés de droit. Le plan du Code du travail n'a pas échappé à la critique, il s'en faut de beaucoup. C'est, en particulier, la construction du code et sa configuration générale qui conduisaient naguère Gérard Lyon-Caen à le qualifier de « *monstre difforme qui fait honte à regarder* »<sup>43</sup>. S'agissant, maintenant, du plan adopté pour le nouveau Code du travail, sa défense est présentée dans la décision du Conseil constitutionnel en ces termes : « *le plan du nouveau Code du travail a été élaboré afin de le rendre plus accessible à ses utilisateurs, en regroupant dans des blocs homogènes des dispositions*

*jusqu'alors éparses ; cette logique explique l'intégration des dispositions sur les salaires dans la troisième partie relative à la durée du travail, au salaire et à la participation, qui relèvent à la fois des relations individuelles et des relations collectives du travail, ainsi que le regroupement des dispositions relatives aux procédures collectives de licenciement économique avec l'ensemble des règles de licenciement au Titre III du Livre II de la première partie.* »

La structure des articles du Code du travail et leur numérotation n'avaient pas résisté au développement de la matière. Certains articles, ayant à accueillir des règles nouvelles, avaient pris des proportions considérables ; certains articles, ayant à trouver leur place dans le code se trouvaient dotés de numéros extraordinairement complexes. Ce double phénomène avait d'abord affecté gravement le premier Code du travail ; il était réapparu rapidement à l'égard du code de 1973. Il n'est pas sûr que l'on soit tout à fait parvenu à prémunir vis-à-vis de lui le nouveau Code du travail en dépit des règles de méthode officiellement établies pour le découpage des articles – règles approuvées en ces termes par le Conseil constitutionnel : « *les scissions d'articles ont eu pour objet de séparer les règles de fond des règles de forme ou les principes de leurs dérogations ; que cette approche, qui a d'ailleurs été approuvée par la Commission supérieure de codification, améliore la lisibilité des dispositions concernées, incluses jusqu'à présent dans des articles souvent excessivement longs et dont le décompte des alinéas s'avérait malaisé.* »

D'autres thèmes de critiques pourraient figurer dans cette énumération en raison de leur permanence tout au long de l'histoire des codes du travail, notamment les critiques touchant au vocabulaire du code, au manque de rigueur terminologique, à l'absence de définition. Comme elles sont effectivement récurrentes, on les retrouvera, à n'en pas douter, dans la suite des travaux de ce colloque.

Évoquer, comme on s'est efforcé de le faire, cent années de Code du travail, c'est évidemment prendre du recul. En rappelant la constance des attentes manifestées à l'égard du Code du travail et l'ancienneté des discussions auxquelles il n'a cessé de donner lieu, ne pose-t-on pas des repères utiles pour évaluer le nouveau code et apprécier l'expérience résultant de ses deux premières années d'application ? ■

38. Dans la Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, Loi ratifiant l'ordonnance relative au Code du travail, précit.

39. V. la question posée à l'époque de la recodification de 1973 :

« Que devrait contenir un Code du travail modernisé ? » GP 1973, I, doctr., p. 345.

40. Jusqu'à celles du droit syndical : pour Gérard Lyon-Caen « le groupement de défense des intérêts professionnels ou syndicat n'appartient pas en propre au droit du travail ; la situation actuelle consistant dans l'incorporation globale du droit syndical est inélégante » (art. précit., D., 1966, chron., p. 34).

41. Pour Jean-Paul Murcier (art. précit. Dr. soc., 1955, p. 219), «... le code devait « être périodiquement mis à jour (tous les cinq ou tous les dix ans) compte tenu des enseignements de la doctrine et de la jurisprudence, chaque fois qu'elles seraient parvenues à dégager une solution sûre sur un point donné. Cette législation de la jurisprudence fixerait les principes retenus par elle, évitant le recours aux recueils... Ainsi seraient dégagés les principes qui permettent de connaître rapidement le sens de la règle juridique applicable au cas donné et de supprimer les nombreuses erreurs que comportent les manuels sur le sens à donner aux décisions de jurisprudence ».

42. Évoquant « la carence » du Code du travail dans les matières qui restent essentiellement jurisprudentielles, Antoine Jeammaud expliquait : « il faudrait, pour la surmonter, se lancer dans une codification-consolidation opérant consécration législative de solutions acquises en jurisprudence. Ce qui ne va pas de soi, ni techniquement ni politiquement. Comment, dans un système comme le nôtre, prétendre dresser le tableau exhaustif des règles imputables à une jurisprudence constante ? » (art. précit., Droits, 1998, p. 166).

43. Art. précit. D. 1966.

# Résultats d'une enquête inédite

Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole,

Carole Dupouey-Dehan, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

L'origine du projet de recherche « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* »<sup>1</sup>, ses objectifs et la méthode suivie pour le mener à bien ont déjà été présentés<sup>2</sup>. L'originalité du projet a elle aussi été soulignée, dans cette même revue, en même temps que la présentation du premier bilan de la recodification<sup>3</sup>. L'objectif est ici de dévoiler l'ensemble des résultats chiffrés issus de cette enquête inédite, ainsi que les moyens pour y parvenir, accompagné de quelques explications et commentaires, assez peu nombreux cependant de façon à laisser chacun libre de les interpréter.

## 1 PROLÉGOMÈNES

« *Modestie* » : c'est le maître mot qui guide la présentation des résultats de cette enquête et permet de rappeler l'objectif principal du projet : vérifier au plus possible si le Code du travail a été réécrit « *à droit constant* », confronter les critiques adressées à ce code à l'épreuve des faits, *id est* à l'usage régulier par les professionnels de ce nouvel instrument.

Si l'objectif était bien un travail d'analyse juridique, il a cependant semblé intéressant d'inscrire celui-ci dans un questionnement plus large, ouvrant sur une évaluation d'ensemble de la qualité de la recodification opérée. L'enquête réalisée a ainsi permis à titre secondaire, *via* l'élaboration d'un questionnaire ciblé (*v. infra*), d'enregistrer un certain nombre de données non strictement juridiques, soumises ensuite à une simple analyse de résultats (transformation de nombres en pour-

centage). Les résultats qui en découlent doivent être lus comme de simples tendances chiffrées, sans prétention statistique au sens propre du terme, cette dernière ne constituant évidemment pas le « *cœur de métier* » des personnes ayant travaillé sur le projet<sup>4</sup>.

Pour prétendre à la représentativité de ce point de vue, il eût fallu travailler sur des échantillons représentatifs de population, de façon à éviter le fameux « *biais de sélection* » bien connu des statisticiens, qui « *nuit gravement à la qualité et à la pertinence des études qualitatives qui recourent soit à des avis d'experts, soit à des sondages sans contrôle de la représentativité de l'échantillon, soit encore à des enquêtes auprès de divers répondants* »<sup>5</sup>. Mais tel n'était pas notre objectif. Le choix a été fait au contraire d'ouvrir grand l'accès au questionnaire à l'ensemble des usagers du code, sans désir de travailler sur une population particulière (avocats ou magistrats ou juriste d'entreprise... qui ont souvent des points de vue très différents sur le code, *v. infra*).

Au demeurant, il existe une difficulté sérieuse, si ce n'est un obstacle, à la réalisation d'études fiables en ce domaine : la « *famille* » à laquelle on s'adresse, celle des professionnels spécialistes de droit du travail, est particulièrement mal connue en France.

Qui peut dire, même parmi les spécialistes, combien la France compte aujourd'hui d'avocats pratiquant régulièrement le droit du travail (au-delà de ceux disposant de la mention « *spécialisation* » qui n'en forment qu'une part)? Qui peut dire combien de juristes spécialistes de droit du travail exercent leurs fonctions dans les entreprises (lesquelles recourent de plus en plus en ce domaine

1. <http://www.evaluationnouveaucodedutravail.fr>

2. RDT, Controverse : « *Évaluer le Code du travail? Évaluer le droit du travail?* », 2009, p. 421.

3. « *Premier bilan de la recodification* », *Semaine sociale Lamy* n° 1450, 14 juin 2010.

4. V. liste des contributeurs dans avant-propos.

5. A. Jeammaud et Tb. Kirat, *Se garder de l'illusion nominale*, RDT 2009, p. 424.

soit à des cabinets d'avocats pour les plus importantes d'entre elles, soit à des cabinets d'expertise comptable pour les plus petites)? Qui peut dire combien d'enseignants-chercheurs spécialisés travaillent la discipline dans les universités? D'autres catégories sont heureusement mieux connues : environ 600 magistrats de carrière spécialisés en droit social (*source : ministère de la Justice*), environ 2 500 agents de contrôle (*source : ministère du Travail*) et 14 512 conseillers prud'hommes élus en 2008.

Pour ces raisons, les résultats présentés n'ont, en conséquence, aucune prétention à représentativité statistique. En revanche, ils sont sûrement significatifs, ne serait-ce qu'au regard de l'importance du sondage réalisé.

Il ne pouvait s'agir enfin de réaliser un simple sondage statistique. Une enquête révélant uniquement des données chiffrées aurait peu de sens en ce domaine. Interroger les usagers et obtenir d'eux impressions générales et retours d'expérience ne suffit pas pour évaluer un code. Encore fallait-il analyser les réponses brutes livrées par les usagers, trier et hiérarchiser les difficultés signalées par les uns et les autres : du simple changement de mot entraînant une difficulté d'interprétation, à la véritable interrogation sur le droit constant méritant une expertise approfondie. Au-delà des résultats chiffrés de l'enquête, le travail d'analyse réalisé par les experts sur la base des résultats bruts d'enquête (dont les résultats sont présentés dans les divers articles composant ce numéro spécial) apporte de substantiels éclairages sur la qualité du nouveau Code du travail français.

Ce projet de recherche nous a beaucoup appris, au-delà de ce que nous en attendions, au-delà de la partie proprement technique. Ses résultats méritent attention d'un point de vue sociologique au moins autant que juridique. Un seul exemple reprenant la réponse à l'état brut d'un conseiller prud'homme à notre enquête : « *Je ne peux pas répondre à votre enquête... je n'ai pas de Code du travail!* »

Beaucoup de réponses nous sont ainsi parvenues qui « *donnent à penser* » sur le fonctionnement de la justice du travail notamment et, de façon plus générale, sur le fait de savoir qui utilise vraiment le Code du travail en France et comment.

Cette enquête fournit un ensemble de connaissances et d'éléments de réflexion sur ce qu'est le Code du travail aujourd'hui, sur le fait de savoir s'il répond bien aux objectifs qui lui sont assignés : faciliter la connaissance du droit du travail pour tous ses utilisateurs, et assurer une certaine sécurité juridique dans les relations de travail.

## 2 LE QUESTIONNAIRE D'ÉVALUATION

### ► L'élaboration du questionnaire

Le questionnaire « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* » a été élaboré fin 2008 en suivant trois lignes directrices.

La première avait pour objectif de retranscrire en mots simples l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit, et de pouvoir vérifier en pratique si l'entreprise de réécriture du Code du travail a bien, conformément à son ambition, rendu le droit du travail plus clair pour l'ensemble des usagers du code. C'est en référence à ces deux notions principales d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit que le questionnaire a été conçu, s'efforçant de traduire en termes compréhensibles par tous des mots juridiques qui ne le sont pas forcément. Cette traduction était impérative dans la mesure où, parmi les usagers du code, figurent des juristes mais aussi des non-juristes. L'objectif d'intelligibilité a ainsi été reformulé à travers les notions de connaissance et de compréhension de la norme, grâce à sa clarté et sa lisibilité. Quant à l'objectif d'accessibilité, il a été traduit par l'idée d'une utilisation du code devant être rapide et efficace (*Question 2 : Cette recodification a-t-elle rendu le droit du travail plus clair et compréhensible pour ses utilisateurs? Question 3 : La recherche d'informations dans le nouveau code est-elle plus facile que dans l'ancien code? Question 4 : Les modifications suivantes ont-elles amélioré la qualité du Code du travail, rendu sa consultation plus facile – nouveau plan, scission des articles, fusion des parties R et D?*).

Le questionnaire devait par ailleurs permettre de vérifier la réalité des critiques, souvent ●●●

●●● vives, émises lors de l'entrée en vigueur du nouveau code. La question de l'utilité même de la recodification est, dans cette idée, apparue essentielle. La réponse n'allait pas de soi : si l'entreprise de réécriture était jugée nécessaire par les gouvernants, qu'en était-il des usagers qui pratiquent le code au quotidien ? Appréciaient-ils le principe même de la recodification ? (*Question 1 : Était-il nécessaire de recodifier le Code du travail ?*).

La question concernant la recodification à droit constant s'est, quant à elle, imposée avec la force de l'évidence tant les critiques ont été virulentes sur ce point. C'est assurément la question dont les résultats étaient les plus attendus (*Question 6 : Cette recodification s'est-elle, selon vous, effectuée à droit constant ?*).

La trame de la question suivante a été conçue de façon à permettre aux répondants d'étayer leur point de vue, de limiter les réponses négatives données « sur un coup de tête », en plus de faciliter l'analyse des réponses par les experts (*Question 7 : Indiquez pour chaque difficulté signalée : 1. le sujet concerné, 2. les articles concernés, 3. vos observations et commentaires*).

D'autres questions ont été formulées de façon à favoriser le repérage d'anomalies de toute nature : difficultés d'interprétation, erreurs de recodification, problèmes de renvois (*Question 8 : Avez-vous rencontré des difficultés d'interprétation liées à la nouvelle rédaction des articles du Code ? Question 10 : Avez-vous repéré d'autres erreurs ou anomalies d'un code à l'autre ?*)... Un schéma de réponse identique à celui de la question sur le droit constant a été proposé pour les mêmes raisons que précédemment (*Questions 9 et 11 : Indiquez pour chaque difficulté signalée...*).

Enfin, une dernière interrogation était destinée à mieux connaître les moyens utilisés par les professionnels pour s'approprier le nouvel instrument (logiciel Codacod, tables de concordances des éditeurs, mémorisation du nouveau plan, table alphabétique, autres...) : *Question 5 : Quels moyens avez-vous utilisés pour vous familiariser avec le nouveau Code du travail ?*

La troisième ligne directrice ayant guidé l'élaboration du questionnaire exigeait d'élaborer un questionnaire court, facile et rapide à remplir

(12 questions). L'enquête s'adressant à des professionnels, le temps ne devait pas être un frein aux réponses.

Le questionnaire mêle finalement questions fermées et questions ouvertes. Les premières, rapides à renseigner, ont surtout permis l'évaluation statistique. Les secondes, plus techniques, accessibles surtout aux usagers expérimentés ayant connu les deux codes, ont constitué les matériaux d'analyse des experts. Pour cette raison, la possibilité était offerte aux usagers de ne pas répondre à l'ensemble des questions mais seulement à certaines d'entre elles. Enfin une dernière ligne du questionnaire donnait la possibilité aux usagers de s'exprimer au-delà des questions posées, d'explicitier ou compléter les réponses données, notamment aux questions fermées (*Question 12 : Autres remarques et observations*).

## ► La diffusion du questionnaire

Deux moyens ont été retenus pour faire connaître l'existence de l'enquête auprès du plus grand nombre d'usagers du nouveau code : d'abord une campagne de diffusion visant l'ensemble des usagers sans distinction, ensuite des diffusions catégorielles en espérant toucher plus efficacement les différents groupes d'usagers (avocats, magistrats...).

Pour viser l'ensemble des usagers, trois moyens principaux ont été utilisés :

– un site Internet créé à cet effet, entièrement dédié au projet de recherche, ouvert le 1<sup>er</sup> mai 2009, jour du premier anniversaire de l'entrée en vigueur du nouveau code. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont été mises au service du projet. Cette méthode, plutôt novatrice en matière de recherche universitaire en droit, a permis de recueillir les points de vue et observations sur le nouveau Code du travail de praticiens de l'ensemble du territoire français, et même au-delà (Espagne, Canada...). Le site a été visité plus de 4 000 fois, avec un fort taux d'inscription dans les « favoris » des visiteurs (85 %);

– une campagne de communiqués de presse (sous formats papier et électronique) avec pour partenaire principal la *Semaine sociale Lamy*. D'autres revues spécialisées en droit social ou

dans les ressources humaines ont été sollicitées pour relayer l'information : *AEF, Dalloz, droit ouvrier, droit social, Entreprises et carrières, Gestion sociale, JCP, Liaisons Sociales magazine, Revue de droit du travail...* ;

– enfin, la mobilisation de divers réseaux d'anciens étudiants issus de formations supérieures spécialisées en droit social.

La diffusion catégorielle de l'enquête a été conduite, quant à elle, auprès des divers groupes d'utilisateurs du Code du travail :

- les avocats, contactés par le biais des Ordres (chaque barreau de France a reçu un message électronique l'invitant à diffuser un communiqué de presse spécial « *Évaluation du nouveau Code du travail* ») et par courrier postal et/ou électronique (courriers adressés aux soixante plus grands cabinets français spécialistes de droit social<sup>6</sup>, à tous les avocats des principaux réseaux spécialisés – Capstan, Fidal, Barthélemy – et à tous les avocats spécialistes inscrits à l'un des barreaux des régions Aquitaine, Midi-Pyrénées et Languedoc-Roussillon) ;

- les magistrats de carrière spécialisés ont également été sollicités : les conseillers de la chambre sociale de la Cour de cassation, *via* sa présidente, ainsi que tous les présidents et vice-présidents des chambres sociales des cours d'appel de France, par le biais d'un courrier type les invitant à répondre au questionnaire et à diffuser l'information dans leur juridiction ;

- les 14 512 conseillers prud'hommes ont été informés par les présidents et vice-présidents de chaque conseil, auxquels des courriers individuels ont été adressés ;

- les inspecteurs du Travail ont été informés *via* leur autorité de tutelle et les nouvelles DIRECCTE (directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi), chaque ex-directeur départemental du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle ayant été informé du projet.

Au final, ce sont plus de 3 000 courriers postaux qui ont été adressés aux uns ou aux autres, sans compter les courriers électroniques ;

- les juristes d'entreprise et responsables des relations sociales ont été plus difficiles à contac-

ter, ce groupe fort hétérogène d'utilisateurs étant difficile à recenser. Divers réseaux ont été sollicités (Association nationale des directeurs des ressources humaines, Club management et ressources humaines, réseau des entreprises de la Chambre du commerce et de l'industrie de Paris...) sans grands résultats ;

- concernant les représentants des salariés, tous les syndicats de salariés ont été informés tant au plan national qu'au plan local (Midi-Pyrénées et Haute-Garonne) *via* les services juridiques ou le plus souvent par le biais des revues destinées aux adhérents. Des communiqués de presse ont été publiés, par exemple, sur le site Internet de Force Ouvrière ou dans les revues *Action juridique* et *Syndicalisme hebdo* de la Confédération française démocratique du travail ;

- enfin, les enseignants-chercheurs spécialistes en droit social, dont il est également malaisé d'évaluer le nombre, ont été informés à partir des réseaux personnels de chacun des experts investis dans le projet.

## 3 RÉPONSES ET RÉPONDANTS

### ► Combien de personnes ont répondu à l'enquête ?

600 personnes environ ont répondu à l'enquête, soit directement sur le site Internet dédié au projet, soit par retour du questionnaire papier. Un score tout à fait honorable comparé au « *panel des 1 000* » qui constitue l'échantillon minimal pour les grandes enquêtes nationales menées par les instituts de sondage. Au demeurant, cette enquête ne visait pas loin s'en faut l'ensemble de la population active, mais une population bien particulière : celle des usagers du Code du travail (estimée de façon très incertaine à environ 35 000 personnes).

#### Réponses retenues

Sur les 600 réponses enregistrées, un travail d'élagage s'est avéré nécessaire pour écarter les réponses sans aucun élément d'identification (nous avons exigé que les répondants indiquent au minimum leur profession ou fonction), ●●●

6. *Liaisons Sociales magazine*, n° spécial janv. 2009.

●●● ou encore les réponses farfelues, en nombre assez réduit cependant (« *J'ai bien vu que quelque chose avait changé, mais je ne sais plus exactement quoi* » nous confie un soi-disant avocat...). Ce sont au final 513 réponses qui passeront au filtre de nos analyses.

### Réponses identifiées ou anonymes

Les analyses statistiques ont porté sur l'ensemble des réponses retenues, identifiées ou non identifiées. Possibilité était en effet laissée aux usagers du code de ne pas s'identifier, de façon à permettre à ceux tenus par le secret professionnel, ou encore à ceux n'étant pas sûrs de leurs réponses, de s'exprimer librement. Au final, les usagers ont très majoritairement répondu à visage découvert (ce qui nous a séduits puisque révélant une volonté de participation active au projet). Sur les 513 réponses qui ont constitué notre base de travail, 384 ont été données par des personnes ayant indiqué leur nom, profession et coordonnées, soit 75 % d'entre elles.

Une vérification statistique a cependant été faite pour s'assurer que la possibilité d'anonymat offerte aux répondants n'avait pas troublé les résultats. Les réponses des usagers ayant accepté de s'identifier ont donc été comparées à celles de l'ensemble des répondants : il en résulte des écarts de l'ordre moyen de 3 %, c'est-à-dire négligeables, d'autant qu'ils ne jouent pas toujours dans le même sens.

### Réponses argumentées

La dernière précision porte sur le nombre de réponses argumentées, c'est-à-dire celles comportant des matériaux à analyser du point de vue du droit. Elles sont au nombre de 179 (environ 35 % des réponses retenues). Au regard du dispositif d'analyse mis en place (qui permettait bien plus que cela), le résultat est quantitativement décevant et il est à interpréter prudemment.

Pourquoi aussi peu de réponses techniques argumentées de la part des usagers du code ? Plusieurs réponses sont possibles.

L'une d'elles, qui n'est pas à exclure d'emblée et satisferait certainement les artisans de la re-

codification, laisse penser que si les usagers ont peu argumenté leurs réponses, c'est peut-être que le nouveau Code du travail n'est pas si mal fait, qu'il ne comporte pas autant de défauts qu'on a pu le dire au moment de sa sortie.

Mais d'autres explications sont bien sûr possibles :

- seuls les professionnels ayant connu l'ancien code pouvaient pleinement répondre au questionnaire d'évaluation qui supposait un travail minimum de comparaison entre les deux versions (notamment sur la question du droit constant); pour prendre seulement l'exemple des conseillers prud'hommes, le taux de renouvellement aux dernières élections de 2008 étant de plus de 50 %, la moitié d'entre eux n'était pas en mesure d'y répondre pour cette seule raison d'une entrée récente en fonctions;

- les professionnels ont manqué de temps pour répondre (le temps dont on manque toujours pour les choses qui ne sont pas strictement impératives) ou n'ont pas pris le temps de se replonger dans les dossiers où ont été entrevues des difficultés liées à la recodification;

- certains professionnels, notamment parmi les usagers non-juristes, n'ont/n'avaient pas forcément les compétences nécessaires pour apporter des réponses argumentées : « *Trop compliqué pour nous* » ont répondu certains utilisateurs...

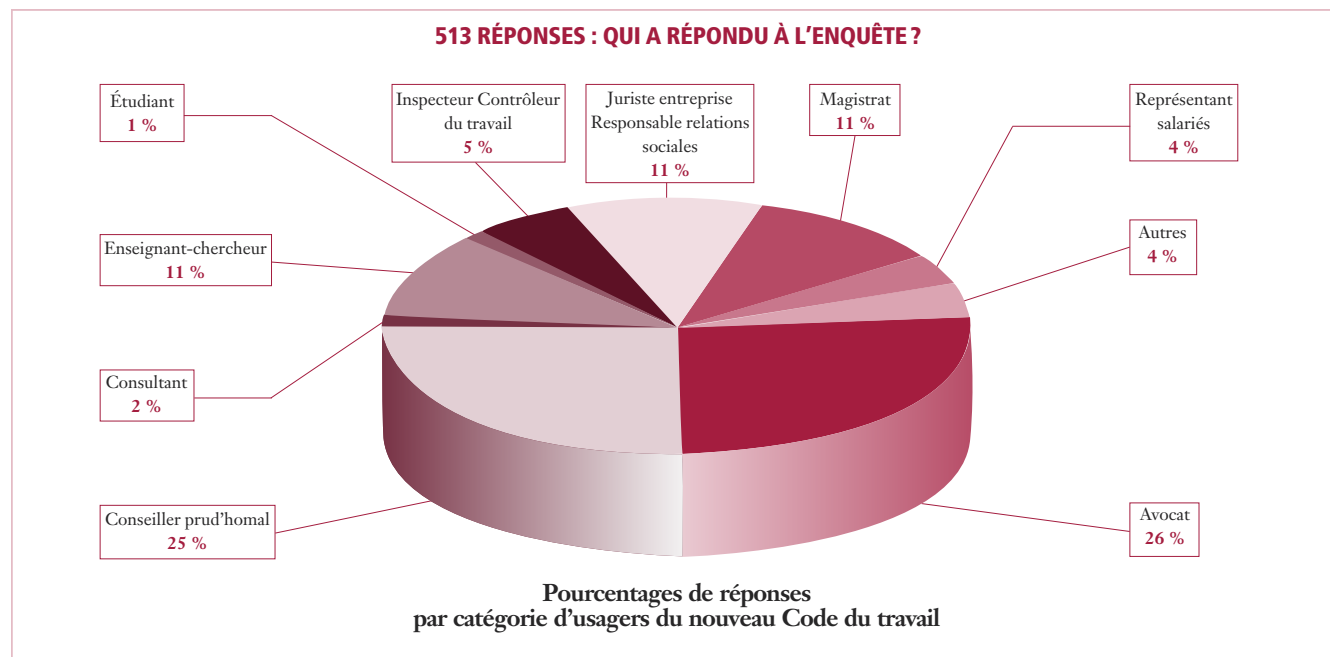
Ceci donnera beaucoup à penser et à réfléchir sur l'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit du travail pour les usagers du code non-juristes, notamment pour ceux ayant pour mission de juger, sous peine de déni, et sur l'insuffisance parfois de leur formation, inchangée en volume pour les conseillers prud'hommes depuis le début des années 1980, alors que le code n'a cessé de s'épaissir (*v. dans le présent ouvrage la communication de J. Mader et Ph. David, président et vice-président du Conseil de prud'hommes de Toulouse*).

Il est possible aussi, deux ans après l'entrée en vigueur, que les professionnels ne se soient pas encore pleinement approprié le nouveau code et nécessitent plus de temps pour cela (notamment ceux qui ne pratiquent la matière qu'occasionnellement).

Chacun analysera librement ce faible taux de réponses argumentées et apportera le cas échéant de nouvelles explications. Cela étant, comme chacun sait, la quantité ne fait pas forcément la qualité. Ce sont ces réponses étayées (parfois de façon surprenante !) aux questions ouvertes du questionnaire

qui ont permis l'évaluation technique qui était au cœur du projet, une attention particulière étant évidemment portée aux difficultés soulevées plusieurs fois... par des usagers différents !

## ► Qui a répondu ?



Ce sont les avocats (26 %) et les conseillers prud'hommes (25 %) qui ont répondu en plus grand nombre à l'enquête. À eux seuls, ils représentent plus de la moitié des réponses enregistrées : 51 % sur le total des 513 réponses constituant la base des analyses chiffrées (il va de soi que les pourcentages indiqués ont été calculés par rapport au nombre des réponses retenues et non par rapport au nombre de professionnels par catégorie dont on rappelle encore une fois la difficile estimation, *v. supra*).

Viennent ensuite les magistrats de carrière spécialisés, les enseignants-chercheurs, les juristes d'entreprise et responsables des relations sociales, ces derniers ayant été groupés dans une catégorie unique, tout en sachant qu'elle serait très hétérogène du fait de la diversité des parcours conduisant à l'exercice de fonctions « RH » (une catégorie « *employeurs* » avait été proposée à l'origine de l'enquête, mais elle a par la suite été fondue avec celle des « *responsables des relations sociales* » en

raison du très faible nombre de réponses enregistrées à ce titre). Chacune de ces catégories a livré 11 % des réponses.

On relève en revanche un faible taux de réponse des inspecteurs du Travail (5 %), pourtant usagers avertis du code, ainsi que des représentants des salariés (4 %), comme si le vent de contestation, qui soufflait pourtant fort dans certains courants au moment de la recodification, était retombé. Ici aussi ont été rassemblés dans une même catégorie l'ensemble des répondants ayant en commun de représenter et défendre les intérêts des salariés (représentants du personnel élus ou désignés, délégués syndicaux, défenseurs syndicaux).

Enfin une rubrique « *Autres* », particulièrement variée, a fourni 4 % des réponses. Elle rassemble les professions n'ayant pas trouvé place dans les catégories précédentes : expert-comptable spécialisé en gestion sociale de PME, juriste de syndicat, journaliste spécialisé en droit social... ●●●

●●● Une rubrique « *Étudiant* » qui n'existait pas à l'origine de l'enquête (celle-ci s'adressant par principe aux usagers avertis du code) a également été créée pour recenser séparément les réponses des quelques doctorants ayant répondu à l'enquête.

Qu'ont répondu les usagers ? Deux séries de résultats méritent d'être présentés : les résultats de l'évaluation du nouveau Code du travail par l'ensemble des usagers, en suivant le déroulement du questionnaire proposé à ces derniers, et, dans un second temps, des résultats par catégories d'usagers.

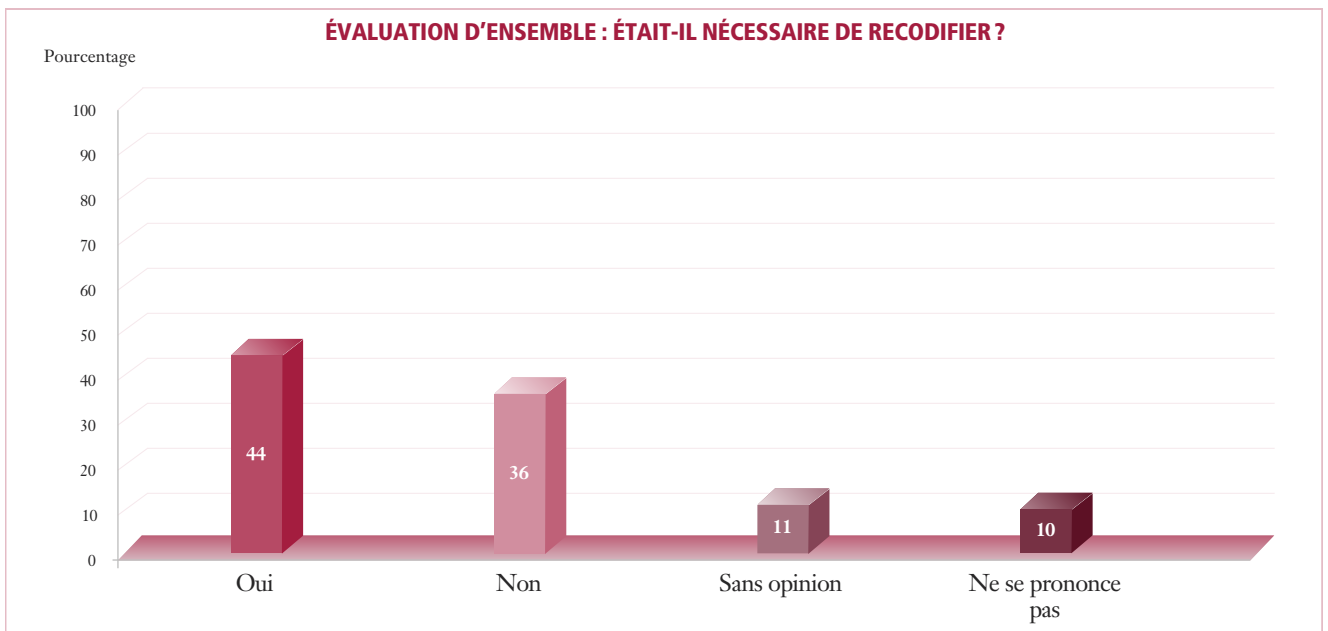
## 4 ÉVALUATION DU NOUVEAU CODE DU TRAVAIL PAR L'ENSEMBLE DES USAGERS

### ► Était-il nécessaire de recodifier ?

Oui pour une large majorité des usagers ayant répondu à l'enquête (44 %), ce qui n'est guère

étonnant au regard des critiques dont faisait l'objet l'ancien code : manque de principes directeurs, excès de technicité, illisibilité du fait des réformes successives stratifiées plus qu'intégrées, articles trop longs enchaînant des alinéas au comptage fastidieux...

En entrant dans le détail des résultats par catégories professionnelles (*v. infra*), on se rendra compte cependant que si les magistrats, inspecteurs du Travail et représentants des salariés souhaitaient majoritairement cette recodification, les avocats, les enseignants-chercheurs et les juristes d'entreprise s'étaient finalement accommodés de l'ancien code pour la majorité d'entre eux. D'où un taux tout de même important d'usagers pour lesquels cette recodification n'était pas utile (36 %) dans lequel il faut peut-être voir aussi la trace des efforts nécessaires pour s'adapter à la nouvelle codification, efforts qui de toute évidence ne sont pas fournis de gaîté de cœur.



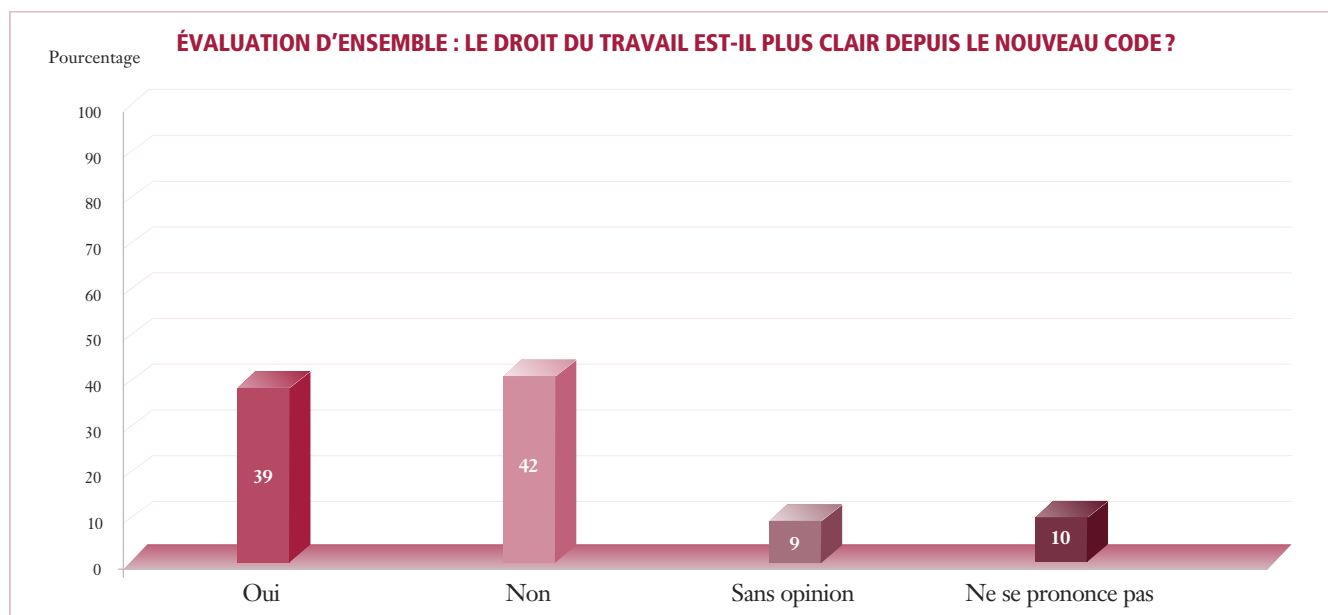
### ► Le droit du travail est-il plus clair depuis le nouveau code ?

Alors que la majorité des personnes ayant répondu à l'enquête estime la recodification utile, le droit du travail, pour autant, ne leur paraît pas plus clair. C'est ce que pensent 42 % d'entre elles, contre 39 % d'opinions contraires. Le bilan est mitigé sur ce qui constituait sans doute l'objectif premier de la recodification : rendre le droit du travail plus clair pour ses usagers. Ces chiffres doivent être interprétés avec prudence.

### Clarté du droit et clarté du code

La question portait sur le fait de savoir si le droit du travail est plus clair depuis le nouveau code et non sur le fait de savoir si le code lui-même est plus clair depuis qu'il a été réécrit. Pour beaucoup, le droit du travail n'est pas plus clair... et ne le sera jamais. A été souligné à plusieurs reprises, non sans quelque résignation, le fait que la matière régit des relations elles-mêmes complexes, impliquant une part irréductible de complexité du droit qui les régit. S'agissant de la clarté du code lui-même, qui ne





contient pas tout le droit du travail, les résultats sont plutôt satisfaisants (*v. infra*).

### Clarification et simplification

Une confusion, dans l'esprit des usagers du code, entre clarification et simplification du droit n'est pas non plus à exclure. Si la première s'inscrit dans l'objectif constitutionnel d'une meilleure lisibilité et accessibilité de la règle de droit (*Cons. const.*, n° 99-421, DC, 19 déc. 1999), la seconde est autant redoutée que souhaitée, à la limite du paradoxe<sup>7</sup>. La simplification est redoutée par ceux qui craignent un recul des droits des salariés (*v. la levée de boucliers suscitée par l'annonce de la mission « Simplification du droit du travail » lancée par le ministre du Travail*

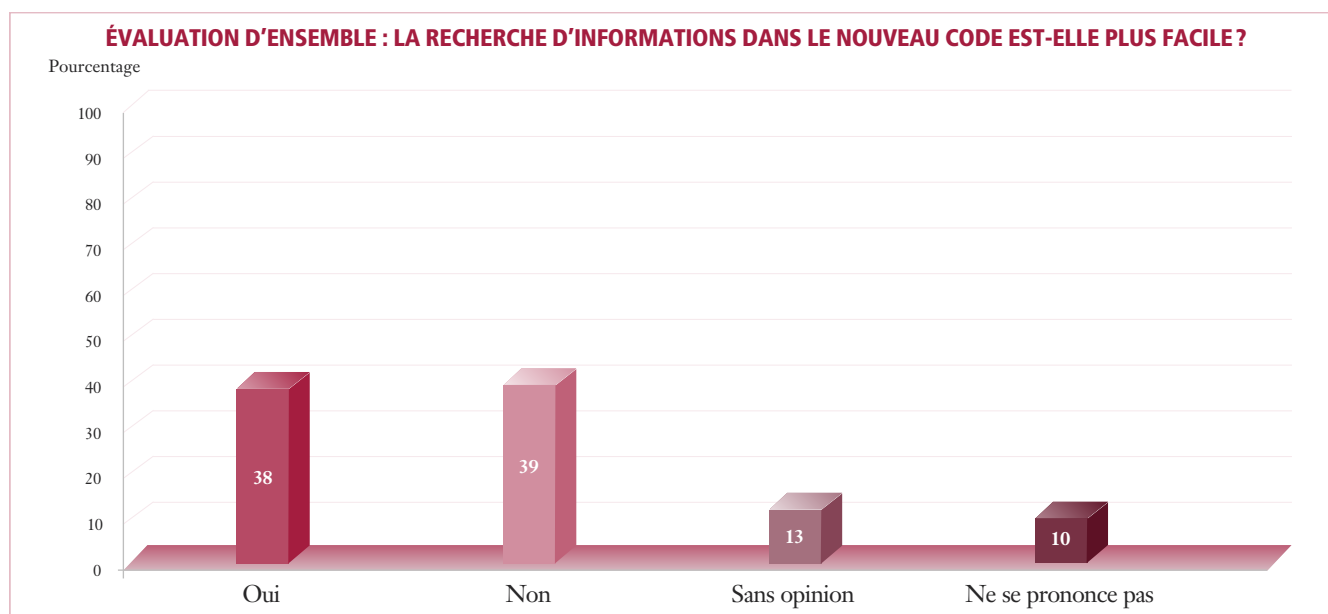
*en février 2010*)<sup>8</sup>. Mais elle est également souhaitée par ceux, nombreux, qui trouvent ce droit trop complexe, notamment parmi les plus fervents détracteurs de la récente recodification : « *Demeure toujours ouvert le seul chantier qui vaille : celui d'une révision de fond du droit du travail français destinée à assurer effectivement la simplification des lignes et l'intelligibilité du texte, au service d'une vision claire de ce que doit être l'architecture des relations de travail au XXI<sup>e</sup> siècle, dans un pays membre de l'Union européenne, en un temps où souffle, avec de plus en plus de force, le vent de la mondialisation.* »<sup>9</sup>

► **La recherche d'informations dans le nouveau code est-elle plus facile ? ●●●**

7. L. Casaux-Labrunée et C. Dupouey-Deban, « Simplification et recodification du droit du travail : les liaisons dangereuses », in *Actes du colloque, « Qu'en est-il de la simplification du droit ? », Paris, LGDJ, 2010.*

8. « Xavier Darcos rouvre le chantier du droit du travail », *Le Monde*, 18 févr. 2010; « Vers une nouvelle réforme du Code du travail », *Les Echos*, 19 févr. 2010. « Péremptoire et inutile » selon Force Ouvrière; « Au minimum une maladresse, au pire une faute politique », selon la CFDT.

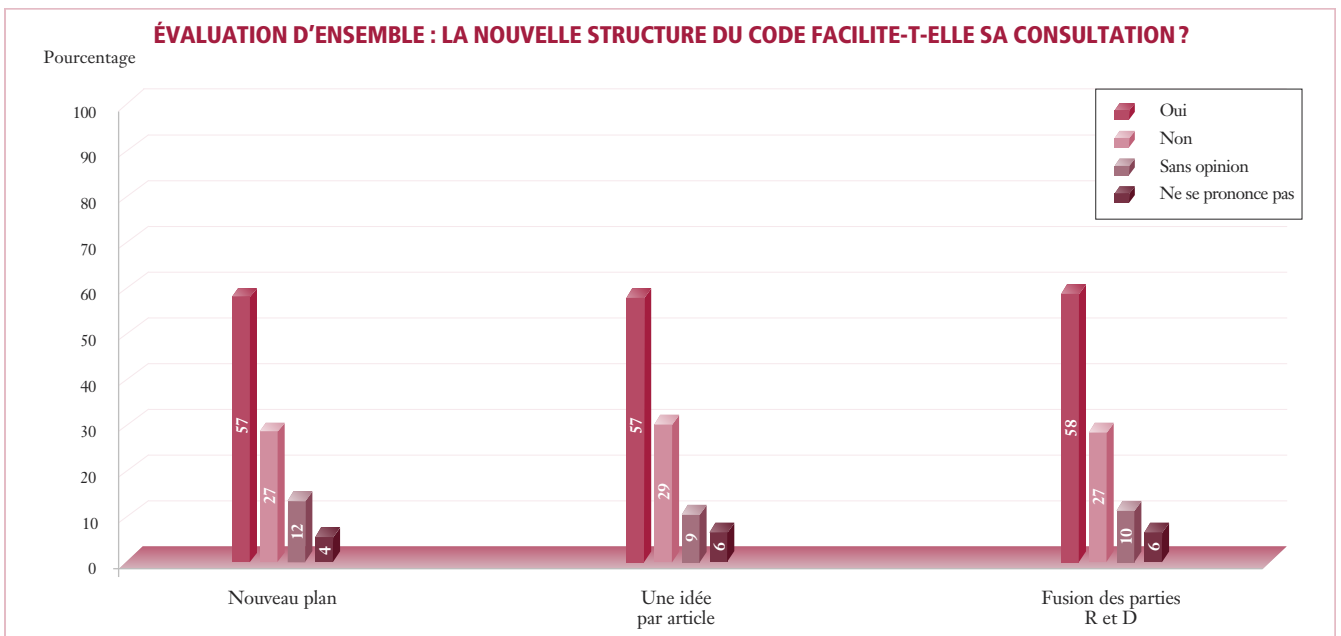
9. B. Teysse, *JCP Éd. S.*, 2010, n° 18.



●●● Ce résultat décevra certainement les acteurs de la recodification. En dépit de leurs efforts, les usagers du code estiment dans une proportion à peu près équivalente à ceux qui pensent le contraire (38 %) que la recherche d'informations n'est pas plus facile dans le nouveau code comparé à l'ancien (39 %). Peut-être la question est-elle venue trop tôt (rappelons que le questionnaire a été lancé seulement un an après l'entrée en vigueur du nouveau code). Peut-être les professionnels ne se sont-ils pas encore pleinement

familiarisés avec ce code qui a radicalement changé leurs habitudes et les numéros de leurs articles de référence (le fameux L. 122-12 qui restera à tout jamais la « star » du code de 1973). Nous ne ferons ici que relever ce qui ressemble fort à une contradiction entre ce résultat et le suivant qui interrogeait les usagers sur la nouvelle structure du code.

## ► La nouvelle structure du code facilite-t-elle sa consultation ?

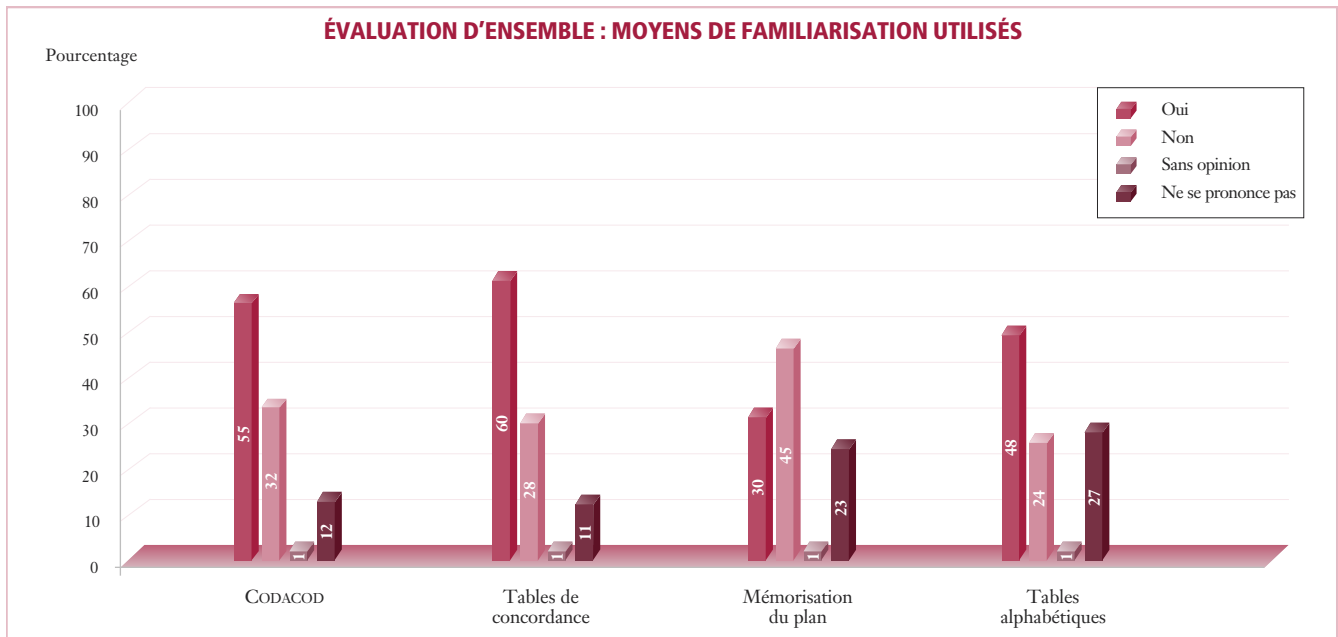


Si la recherche d'informations dans le nouveau code n'est pas plus facile qu'avant pour 39 % des usagers ayant répondu à l'enquête, pour une large majorité d'entre eux, la nouvelle structure du code facilite en revanche sa consultation. Ceci devrait donc logiquement faciliter la recherche d'informations... C'est une contradiction relevée à maintes reprises dans les réponses des usagers qui ont très majoritairement apprécié le nouveau plan (57 %), la réécriture des articles selon le principe « une idée par article » (57 %) ou encore la fusion des parties R et D (58 %). La nouvelle architecture du code et les principes directeurs qui ont guidé sa réorganisation sont largement appréciés des usagers qui, pour autant, peinent encore à trouver dans le code ce qu'ils y cherchent, sans doute par manque d'habitude.

## ► Quels moyens de familiarisation ont été utilisés par les usagers ?

Les professionnels se sont le plus souvent familiarisés avec le nouveau code à l'aide des tables de concordance proposées par la plupart des éditeurs (60 %). Un moyen n'excluant pas l'autre, les tables alphabétiques des codes ont également été sollicitées (48 % des réponses). En revanche, alors que certains experts de la recodification conseillaient plutôt de mémoriser le plan du code pour se familiariser rapidement avec lui, ce moyen n'a été mis en œuvre que par 30 % des répondants.

Le CODACOD, logiciel de transposition proposé par le ministère du Travail pour faciliter la « prise en mains » du nouveau code par les professionnels, accessible gratuitement en ligne, a quant à lui été particulièrement apprécié, plus de 55 %

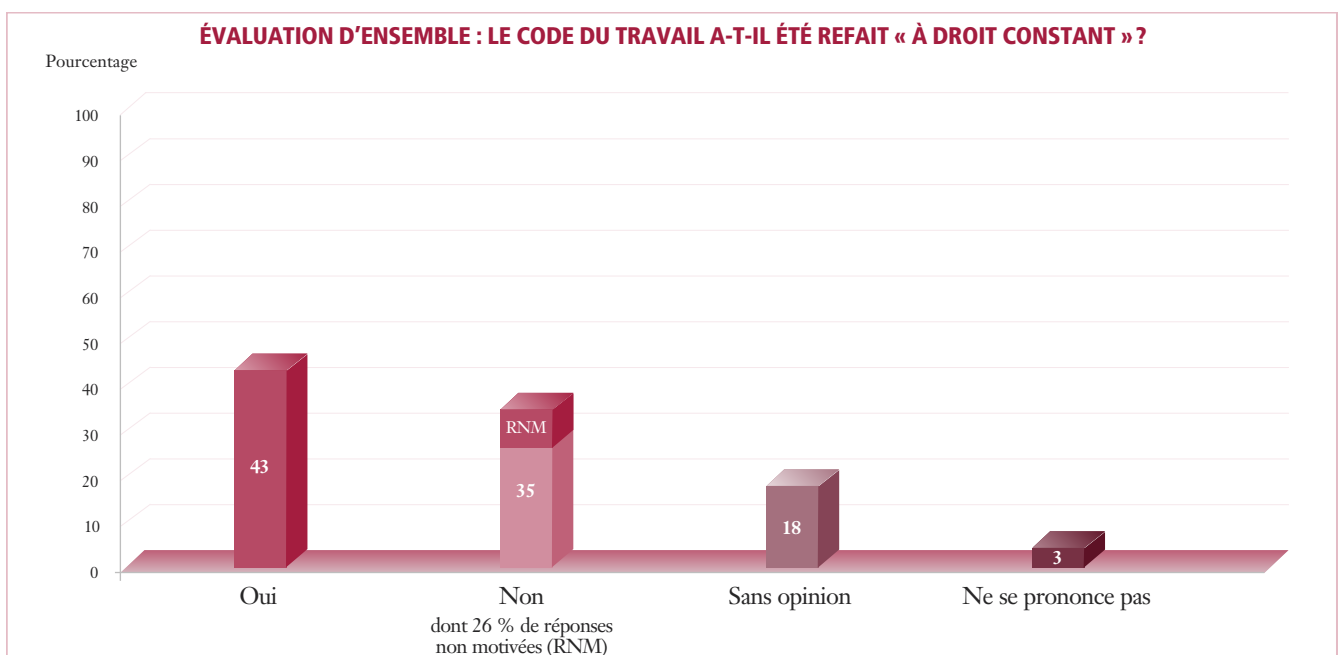


des répondants indiquant l'utiliser régulièrement (de même pour le CODIT destiné spécialement aux inspecteurs du Travail).

Deux remarques à ce propos : la première concerne la méconnaissance étonnante de ce précieux outil par certaines catégories d'usagers (« *C'est quoi ?* » nous ont indiqué en marge certains conseillers prud'hommes... une remarque qui en dit long sur l'absence de moyens en place pour faciliter, ici ou là, l'exercice de la justice du travail).

La seconde est une critique plusieurs fois exprimée à propos de quelques erreurs contenues dans le CODACOD, mais surtout de l'absence de mise à jour de cet outil qui n'a pas suivi l'actualité des réformes, nombreuses, adoptées depuis 2008 en matière de droit du travail : « *À quand une mise à jour du CODACOD ?* »

**► Le Code du travail a-t-il été refait à droit constant ?** ●●●



●●● C'était indiscutablement la question clé du questionnaire proposé aux usagers du nouveau code, celle permettant de le mettre à l'épreuve au regard de l'exigence posée par le législateur dans la deuxième loi d'habilitation : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification* » (article 57 I de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006).

Bonne nouvelle, *a priori*, en termes de sécurité juridique : la majorité des personnes ayant répondu à l'enquête (43 %) estime que le nouveau Code du travail a été refait « à droit constant », sans modification substantielle des règles de fond. En sens inverse, elles sont 35 % à estimer que le nouveau code a apporté des modifications de fond par rapport à l'ancienne version. Quelques précisions s'imposent sur ce dernier taux.

### **L'ambiguïté de l'expression « recodification à droit constant »**

L'expression même de « *recodification à droit constant* » n'est pas entendue par tous les usagers de la même façon (*v. sur cette question essentielle, l'article de P. Morvan*). Pour beaucoup d'usagers non-juristes notamment, l'observation de changements, même mineurs, a conduit à répondre négativement à la question du droit constant. Or, les spécialistes le savent : l'exigence de recodification à droit constant n'interdit pas tout changement. La loi d'habilitation donne les limites bien connues des changements admis : « *Les dispositions codifiées... sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet* » (art. 57 II de la loi du 30 décembre 2006). Il ne s'agit donc pas de « *crier au loup* » chaque fois qu'une virgule

a changé de place ou chaque fois qu'un mot a été remplacé par un autre, mais plutôt d'analyser comment les acteurs de la recodification ont utilisé la marge de manœuvre laissée par le législateur au gouvernement pour favoriser la clarification du droit et surtout, vérifier si les modifications observées rentrent bien dans le cadre de la loi d'habilitation, ce qui ne sera pas toujours facile en raison du flottement de ces limites.

L'ambiguïté était semble-t-il aussi dans le questionnaire. Nombre de répondants ont indiqué être gênés pour répondre à la question du droit constant lorsqu'ils avaient repéré une difficulté, qui révélait, selon eux, une modification de fond, mais qu'ils estimaient cette difficulté légère ou peu importante au regard de l'ampleur du travail de recodification qu'ils jugeaient dans l'ensemble bien fait. La plupart, répondant à la lettre, ont choisi de répondre « *Non* » à la question posée tout en mentionnant le caractère mineur de la différence soulevée.

Question de proportion par conséquent : un nouveau code, quel qu'il soit, peut-il prétendre au label « *droit constant* »... à 100 % ? Bien sûr non, autant du fait de la marge de manœuvre modificatrice laissée au gouvernement lorsqu'il recodifie que du fait d'éventuelles modifications hors marge qui, lorsqu'elles sont mineures et à condition d'être rapidement corrigées, ne doivent pas remettre en cause l'appréciation de l'ensemble.

### **Un nombre important de réponses non motivées**

Autre résultat important à relever : parmi les 35 % de personnes estimant que le code n'a pas été refait à droit constant, plus du quart (26 %) livre une réponse sèche, sans explication, sans le moindre exemple pour illustrer la non-conformité sur le fond du nouveau Code du travail à l'ancien. La trame de la question 7 permettait pourtant aux répondants d'étayer leur réponse : « *Indiquez pour chaque difficulté signalée : 1. le sujet concerné, 2. les articles concernés, 3. vos observations et commentaires...* »

Réactions de rejet traduisant un énervement par rapport au nouveau code ? Manque d'explications par manque de temps ? Conviction que

le nouveau code n'a pas été refait à droit constant sans aptitude à le démontrer ?

Réponses d'usagers :

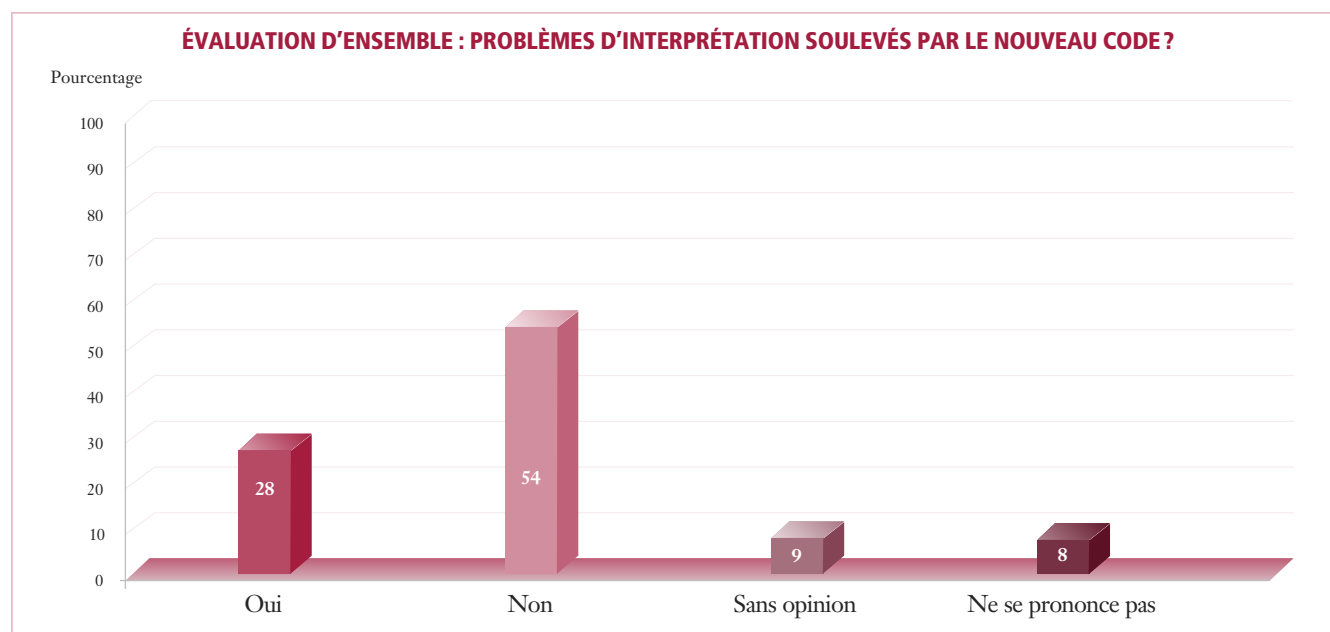
– « *Il y en a tellement que je ne sais par où commencer* » (de fait, nous resterons sur notre faim...);

– « *Je ne peux vous donner d'exemples faute de temps...* » Oui, mais tout de même... pas même le temps d'un seul exemple ?

L'observation nous a dès lors conduits à recalculer le taux des réponses négatives apportées à la question du droit constant, en tenant compte

de ce taux important de réponses non argumentées. En considérant exclusivement les réponses argumentées, le pourcentage de répondants estimant que le code n'a pas été refait à droit constant tombe alors de 35 à 26 %. Le pourcentage de ceux qui estiment le contraire reste pour autant inchangé (43 %) étant trop hasardeux d'appliquer ici la théorie des vases communicants.

## ► Problèmes d'interprétation soulevés par le nouveau Code ?



Les usagers ayant répondu à l'enquête n'ont pas éprouvé majoritairement de problèmes d'interprétation liés à la réécriture des dispositions de l'ancien code (54 %). Les réponses qui signalent de telles difficultés (28 %) montrent l'importance d'une langue juridique commune comprise par tous. Les nouvelles conventions d'écriture adoptées lors de cette recodification laissent certains usagers sceptiques, à plus ou moins juste titre. Parmi les conventions de langage qui engendrent chez les destinataires le plus d'interrogations, l'emploi de l'indicatif présent (mal compris des non-juristes) et l'utilisation du mot « *employeur* » sont évidemment celles qui reviennent le plus souvent. L'objectif

des recodificateurs étant de simplifier le vocabulaire du code pour le rendre compréhensible par le plus grand nombre, juristes ou non, il est pourtant probable que ce délaissement de mots du droit techniquement précis, pour des mots de la vie ordinaire, au-delà d'une intention initiale louable, soit finalement facteur de nouveaux troubles. Certaines réponses montrent enfin comment les difficultés d'interprétation du nouveau texte rejoignent parfois les interrogations sur la constance du droit (*v. P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des dispositions du nouveau Code du travail », p. 47 du présent ouvrage*).



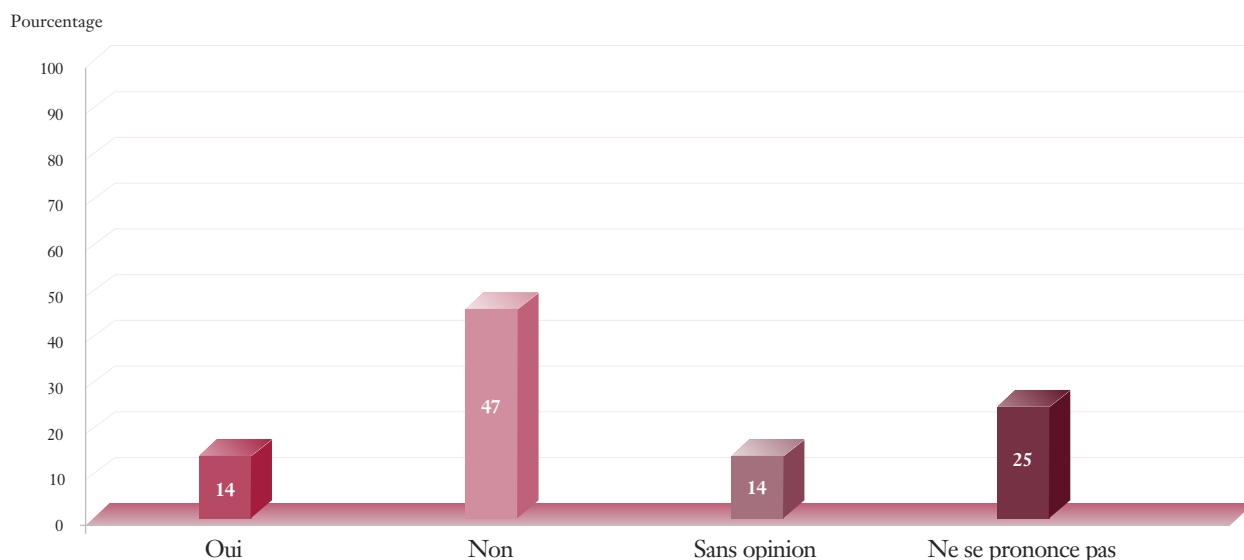
10. Un grand merci à J.-M. Soulat, président du Conseil des prud'hommes de Versailles, ainsi qu'à J. Mader et Ph. David, président et vice-président du Conseil des prud'hommes de Toulouse, grâce auxquels ont pu être obtenus des résultats significatifs pour cette catégorie d'usagers (Paris et province).

## ► Autres erreurs ou anomalies ?

Les répondants à l'enquête indiquent dans une large majorité (47 %) n'avoir pas rencontré d'erreurs ou anomalies particulières dans le nouveau code (autres que de droit constant ou d'interprétation). Les difficultés signalées sont d'une extrême variété : liées au déplacement d'un texte au sein du code, à la réécriture de certaines dispositions, à la disparition de dis-

positions figurant antérieurement dans le code et n'ayant pas, *a priori*, trouvé place ailleurs (*v. sur ce sujet, N. Maggi-Germain, p. 64*), etc. Il arrive également que des erreurs signalées aient déjà fait l'objet de corrections dans les textes rectificatifs adoptés par le gouvernement depuis l'entrée en vigueur du nouveau code (*v. sur ce sujet, H. Lanouzière, p. 91*).

### ÉVALUATION D'ENSEMBLE : AUTRES ERREURS OU ANOMALIES RENCONTRÉES DANS LE NOUVEAU CODE ?



11. Des remerciements particuliers à Mme E. Collomp, présidente de la chambre sociale de la Cour de cassation, pour nous avoir permis d'obtenir un taux de réponse significatif pour les magistrats de la chambre sociale, usagers du code avertis s'il en est (35 réponses sur environ 40 conseillers). On observera sur le tableau des réponses des magistrats spécialisés que ces derniers ne se sont pas prononcés, pour la plupart, sur l'intégralité du questionnaire, préférant concentrer leurs réponses sur la question du droit constant.

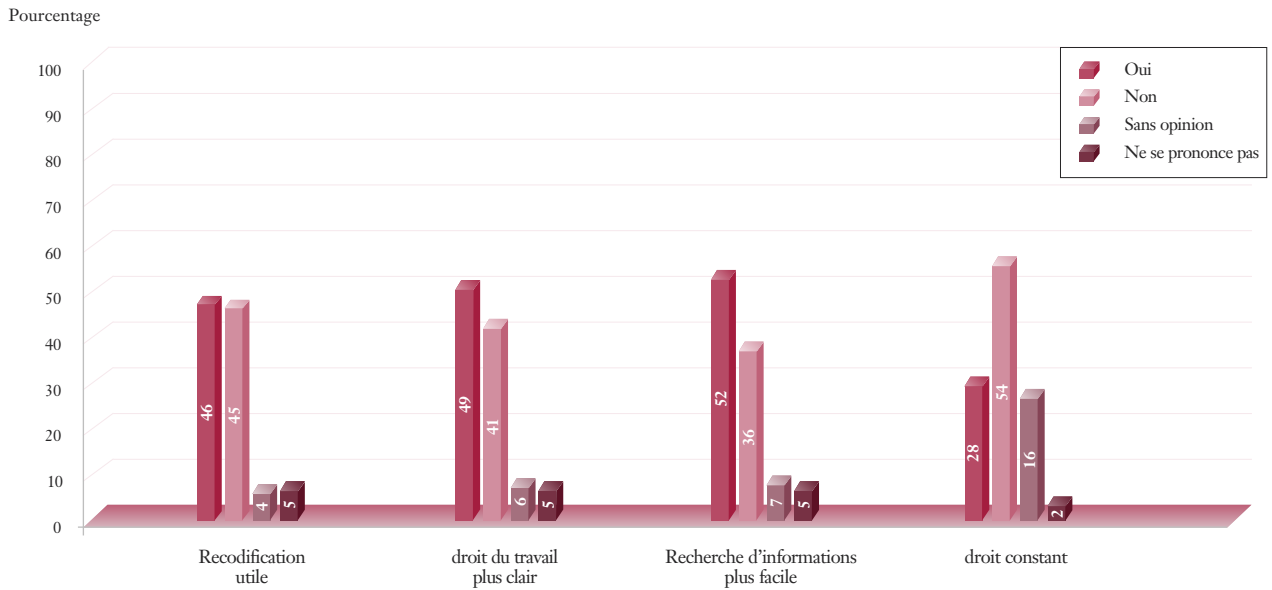
## 5 ÉVALUATION DU NOUVEAU CODE DU TRAVAIL PAR CATEGORIES D'USAGERS

Dans l'impossibilité de présenter ici les résultats exhaustifs de l'évaluation du nouveau code par catégories d'usagers (exercice qui consisterait pour chaque profession ou fonction à reprendre l'intégralité du questionnaire proposé), deux choix ont été faits : celui de s'intéresser uniquement aux catégories d'usagers ayant fourni un nombre significatif de réponses (avocats, conseillers prud'hommes<sup>10</sup>, magistrats de carrière spécialisés<sup>11</sup>, juristes d'entreprise/responsables des relations sociales, enseignants-chercheurs, inspecteurs et contrôleurs du Travail,

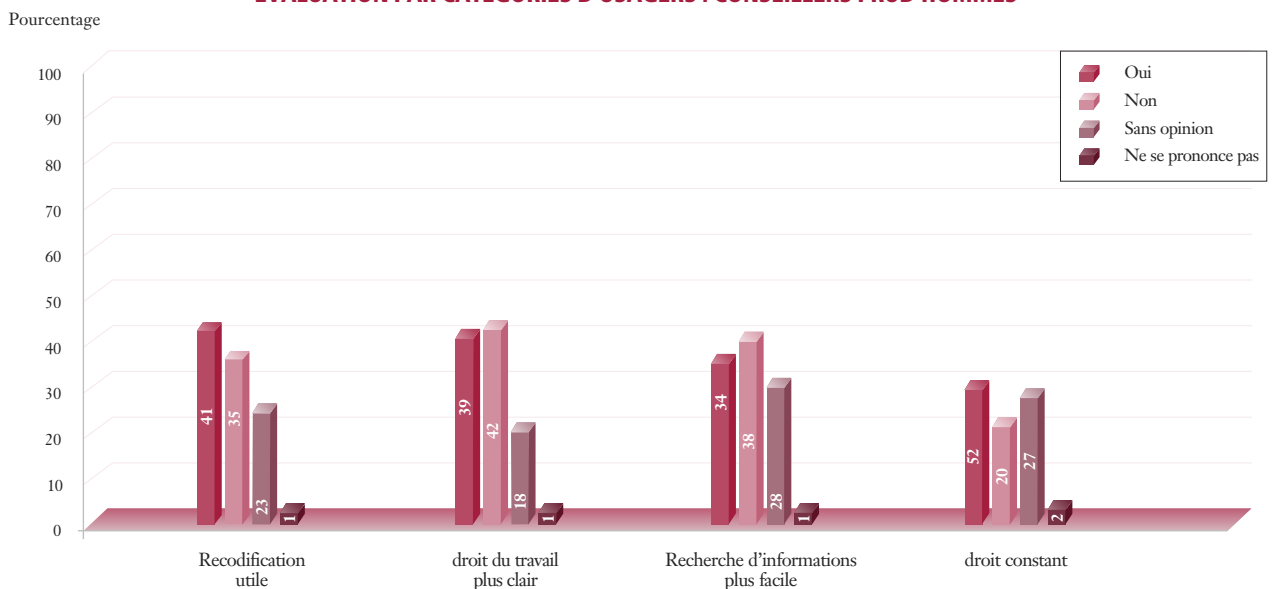
représentants des salariés); celui par ailleurs de présenter uniquement les réponses apportées par chacune de ces catégories à quatre questions majeures : l'utilité de la recodification, la clarté du droit du travail depuis le nouveau code, la recherche d'informations (plus facile ou non depuis le nouveau code) et enfin, la question du droit constant.

Nous verrons que ces résultats sont particulièrement contrastés, traduisant des pratiques extrêmement différentes d'une profession à l'autre... au point de se demander parfois si tous les usagers ont bien évalué le même code !

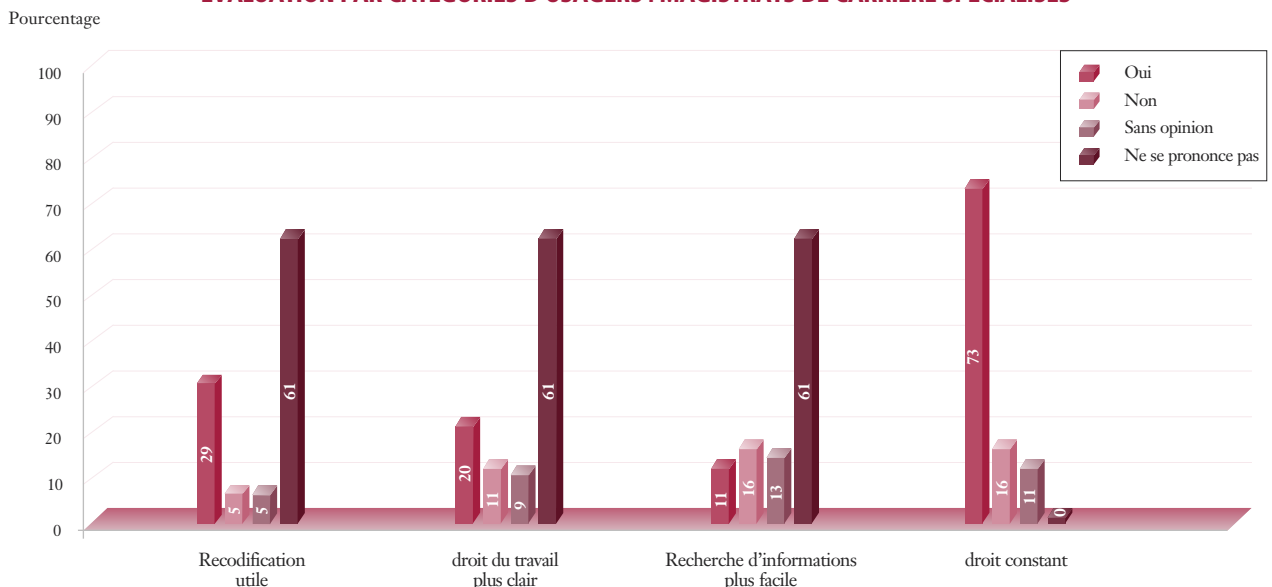
## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : AVOCATS



## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : CONSEILLERS PRUD'HOMMES

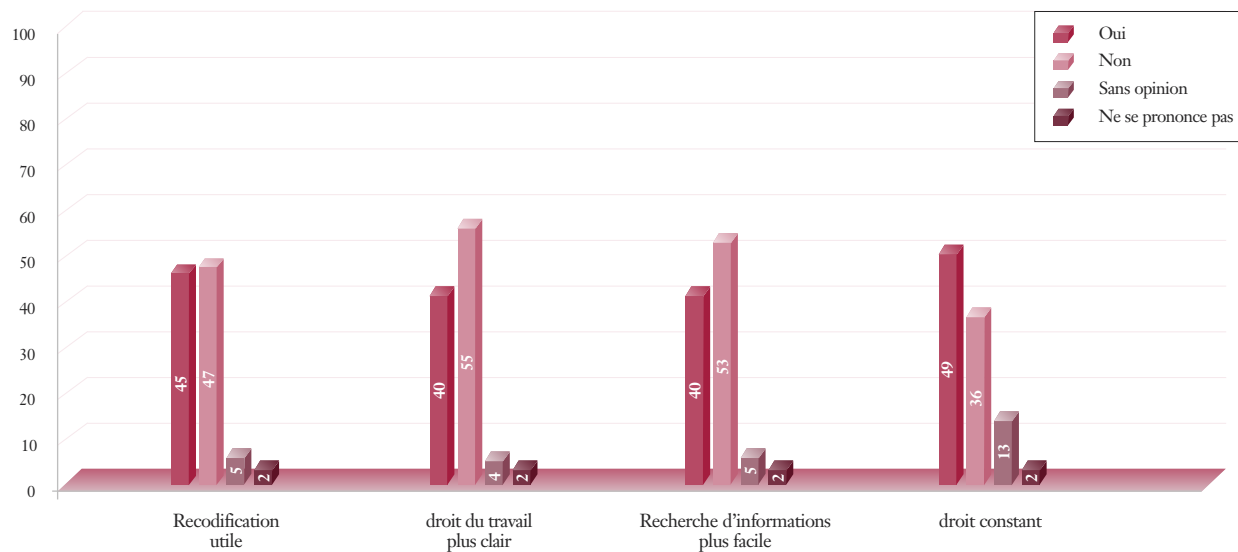


## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : MAGISTRATS DE CARRIÈRE SPÉCIALISÉS



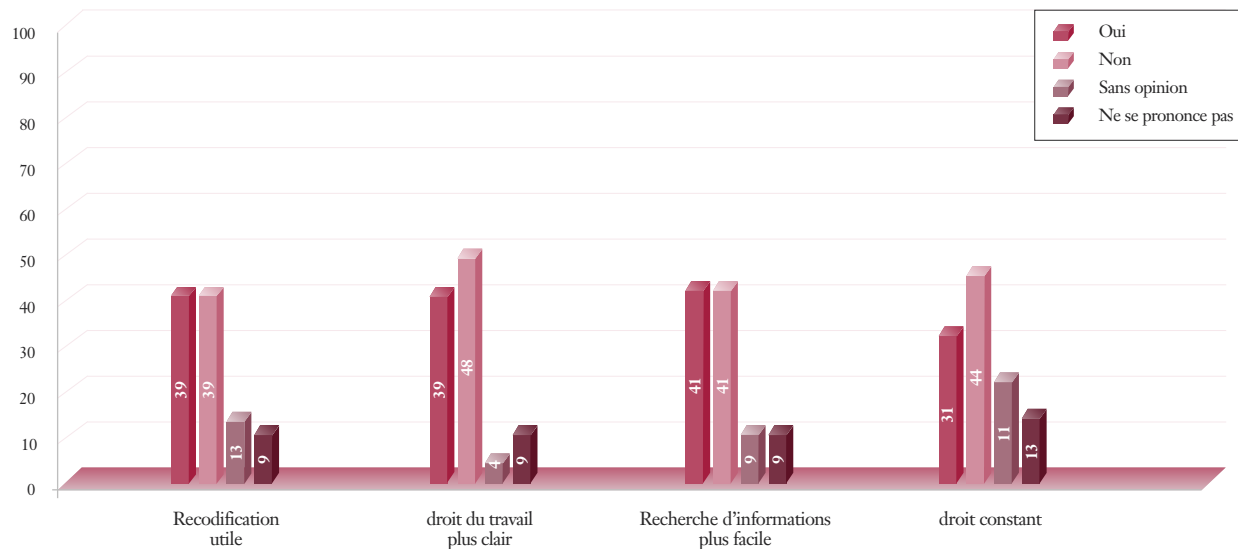
## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : JURISTES D'ENTREPRISE/RESPONSABLES DES RELATIONS HUMAINES

Pourcentage



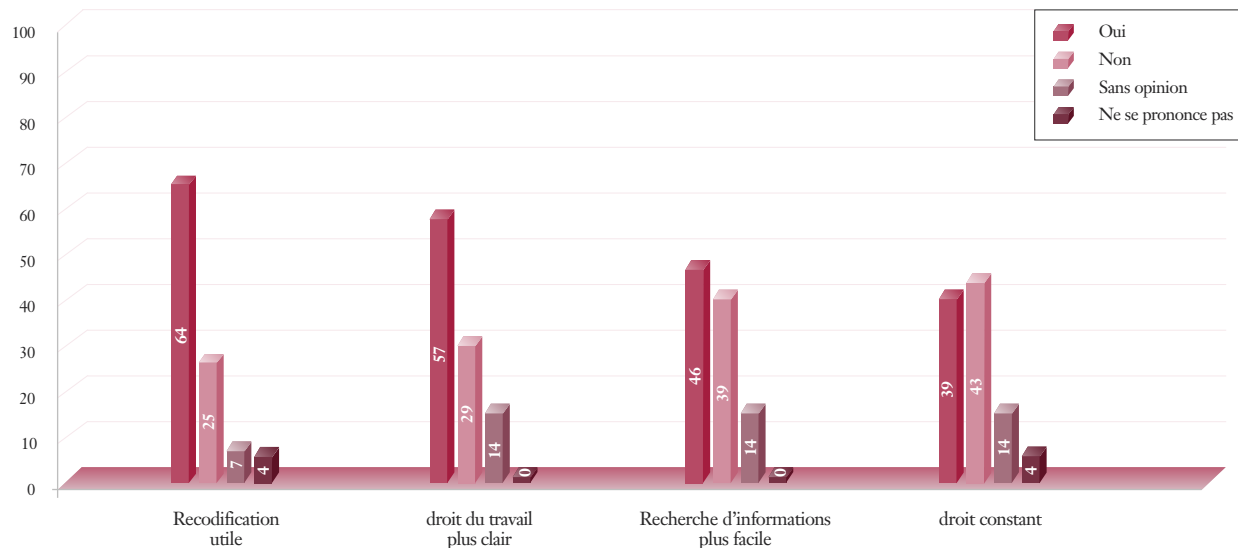
## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : ENSEIGNANTS-CHERCHEURS

Pourcentage



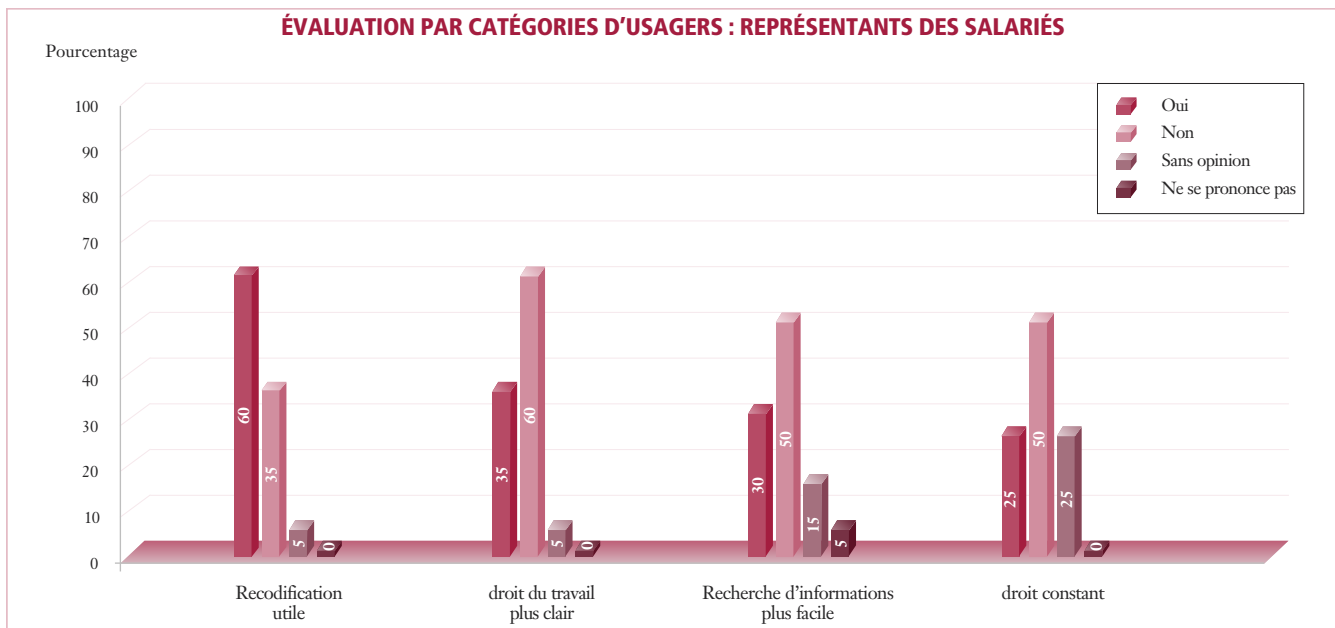
## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : INSPECTEURS ET CONTRÔLEURS DU TRAVAIL

Pourcentage





## ÉVALUATION PAR CATÉGORIES D'USAGERS : REPRÉSENTANTS DES SALARIÉS



### ► Était-il nécessaire de recodifier ?

Les tableaux montrent clairement que l'utilité même de la recodification a fait l'objet d'appréciations fort différentes de la part des différentes catégories d'usagers.

Les avocats, les juristes d'entreprise/responsables des relations sociales et les enseignants-chercheurs sont très mitigés sur cette question, révélant dans chaque catégorie un pourcentage à peu près égal de professionnels pour et contre le principe même de la recodification. Malgré les critiques formulées à l'encontre de l'ancien code, on peut penser que dans chacune de ces catégories, la moitié des professionnels s'était finalement accommodée de ses défauts et aurait sans doute préféré continuer à travailler avec celui-là plutôt que d'avoir à se familiariser avec une version entièrement réécrite. De fait, dans ces catégories à forte proportion d'opinions défavorables au principe même de la recodification, les avis sur le nouveau code, exprimés lors des trois autres questions, sont rarement favorables à ce dernier.

L'utilité de la recodification était en revanche évidente pour les inspecteurs du Travail (64 %) et pour les représentants des salariés (60 %), pour les magistrats de carrière et pour les conseillers prud'hommes également, mais dans des proportions moindres.

Le tableau des représentants des salariés est intéressant à observer : la déception de cette caté-

gorie d'usagers quant à la qualité du nouveau code semble être inversement proportionnelle aux espoirs mis dans la recodification. Si 60 % estimaient en effet la recodification utile, ils sont également 60 % à penser que le droit du travail n'est pas plus clair depuis, que le nouveau code n'a pas facilité la recherche d'informations (50 %) et enfin qu'il n'a pas été réécrit à droit constant (50 %).

### ► Le droit du travail est-il plus clair depuis le nouveau code ?

Excepté pour les avocats (49 %), les inspecteurs et contrôleurs du Travail (57 %) ainsi que pour les magistrats spécialisés, le droit du travail n'a pas gagné en clarté depuis le nouveau code. Les enseignants-chercheurs estiment à 48 % que la recodification n'a pas permis d'améliorer l'intelligibilité du droit du travail (contre 39 % d'opinions inverses), et la tendance est la même pour les juristes d'entreprise/responsables des relations sociales (55 % contre 40 % d'opinions favorables). Les catégories restantes (conseillers prud'hommes et représentants des salariés) ont pour point commun d'être composées essentiellement de non-juristes pour lesquels le droit du travail sera toujours, à défaut d'une formation spécialisée, une matière trop compliquée. On retrouve ici le risque de confusion entre clarification du droit et simplification du droit, particulièrement marqué chez les représentants des salariés (v. *supra*). ●●●

## ► La recherche d'informations est-elle plus facile dans le nouveau code ?

Oui selon les avocats (52 %) et les inspecteurs et contrôleurs du Travail (46 %). Pour les autres, la recherche d'informations dans le nouveau code n'est pas plus facile que dans l'ancien. Si les enseignants-chercheurs sont partagés sur la question (ils pensent à parts égales une chose et son contraire), le nouveau code n'a pas permis, pour les autres, d'améliorer de façon substantielle l'accessibilité du droit du travail.

## ► Le Code du travail a-t-il été réécrit à droit constant ?

On observe ici d'étonnantes différences d'appréciation entre catégories d'usagers. Les avocats et les magistrats professionnels, par exemple, pourtant tous deux usagers avertis du code, répondent de façon radicalement différente à cette question : si 73 % des magistrats de carrière spécialisés estiment que la recodification s'est faite à droit constant, les avocats sont seulement 28 % à le penser.

Les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation adoptent un raisonnement simple : pour ces derniers, dès lors que le principe est écrit noir sur blanc dans la loi d'habilitation, doit être considéré pour acquis le fait que la recodification a été faite à droit constant. Les avocats quant à eux sont davantage gênés par les différences d'écriture entre ancienne et nouvelle versions du code, et leur position est parfois ambiguë. Certains, en effet, ont fait remarquer que la contestation de la recodification à droit constant pouvait parfois relever du jeu de rôles, notamment lorsque ces différences étaient susceptibles de jouer en faveur de leur client.

La Cour de cassation a rapidement coupé court à ce genre d'interprétation : « *Lorsqu'elle a relevé des différences entre les deux versions de nature à poser des difficultés d'interprétation du nouveau texte, le principe de la recodification s'est imposé comme un élément important de cette interprétation, la chambre sociale considérant qu, e sauf dispositions contraires expresses, la recodification s'est faite à droit constant.* »<sup>12</sup> Plusieurs arrêts en ce sens ont été rendus par les hauts magistrats :

– l'arrêt du 29 avril 2009 (n° 08-60.484) relatif à l'application de l'article L. 2143-6 du Code du

travail qui remplace l'article L. 412-11 concernant les conditions de désignation des délégués syndicaux dans les établissements de moins de 50 salariés d'une entreprise de plus de 50 salariés<sup>13</sup> ;

– les arrêts du 8 décembre 2009 (nos 08-43.089, 08-42.90, 08-43.158, 08-44.022, 08-40.991) relatifs à l'application de l'article L. 782-7 devenu l'article L. 7322-1 concernant les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>14</sup> ;

– l'arrêt du 27 janvier 2010 (n° 08-44.376) relatif à l'application de l'article L. 2411-3 concernant le délai de protection du conseiller du salarié.

Autres différences d'appréciation notables : tandis que les conseillers prud'hommes et les juristes d'entreprise/responsables des relations sociales expriment majoritairement que le Code du travail a été refait à droit constant (à hauteur de 52 % pour les premiers, 49 % pour les seconds), les enseignants-chercheurs et les représentants des salariés pensent majoritairement le contraire, n'étant que 31 % dans la première catégorie à estimer que le code a été refait à droit constant, et 25 % dans la seconde. Les inspecteurs du Travail sont les plus partagés, mais sont tout de même plus nombreux à penser que le droit a changé avec le nouveau code (43 %).

## 6 CONCLUSION

Une enquête inédite comme celle-ci, proposant à grande échelle l'évaluation d'un nouveau code par l'ensemble des professionnels qui l'utilisent régulièrement, ne peut être conclue que de façon prudente et provisoire.

La prudence s'impose car le bilan, ainsi que l'on pouvait s'y attendre, est mitigé. « *Ni excès d'honneur ni indignité* »... L'enquête confirme, chiffres à l'appui, l'opinion modérée de certains auteurs<sup>15</sup>. Pas d'excès d'honneur, dès lors que beaucoup reste encore à faire, selon les usagers, en termes d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit du travail. Pas d'indignité non plus, dès lors que ce code, pour une grande majorité d'entre eux, et dans son ensemble, a bien été réécrit à droit constant.

12. V. les éléments de réponse commune au questionnaire d'évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers, par les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation, p. 89.

13. Ch. Rade, « Le principe d'interprétation constante du (nouveau) Code du travail : première application par la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2009, p. 776.

14. N. Ferrie, « A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail : une pierre dans un "jardin à la française" », *D.* 2008, chron. 2011. Sur ce problème sérieux de recodification, où la réécriture maladroite conduisait à ouvrir à nombre de commerçants le bénéfice du salariat, plusieurs lois sont intervenues pour apporter les corrections nécessaires :

L. n° 2008-67, 21 janv. 2008 ;  
L. n° 2008-776, 4 août 2008  
et L. n° 2009-526, 12 mai 2009.

15. A. Jeanmaud et A. Lyon-Caen, *RDT, Controverse* : « Le nouveau Code du travail : une réussite ? », juin 2007, p. 358.

La prudence s'impose aussi dès lors que les tendances générales reposent sur des appréciations extrêmement différentes d'une catégorie d'usagers à l'autre, lesquelles s'expliquent sans peine par des niveaux de formation ou de culture différents, par des pratiques du code également très variées. Tous n'utilisent pas le code de la même façon et chacun poursuit des objectifs différents (juger, plaider, expliquer...). Le Code du travail s'adressant à tous, entre les mains de juristes et de non-juristes, y compris pour juger, interdit pour autant

de penser que certaines appréciations pourraient avoir plus de poids que d'autres, ou être plus autorisées que d'autres. Il convient donc de prêter attention autant aux tendances générales qu'aux tendances catégorielles.

Enfin, le temps rend toute conclusion d'enquête provisoire. La même évaluation réalisée trois ans plus tard donnerait-elle les mêmes résultats ? Parions ici, si le nouveau Code du travail n'a pas encore révélé tous ses secrets, que le temps peut aussi jouer en sa faveur. ■

# Le Code du travail a-t-il été refait à droit constant ?

Patrick Morvan, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**L**a question de savoir si le Code du travail a été refait à droit constant est la question de confiance que pose une communauté de juristes, désormais consciente d'elle-même. Un délit légistique d'abus de constance a-t-il été commis ? Le sentiment incline souvent vers une réponse positive ; la réalité juridique est contraire. Par delà les fantasmes qu'elle dévoile, l'affaire révèle des aspects essentiels de l'interprétation de la loi.

## 1° Le « plan B » du colloque de Toulouse ; une communauté révélée

Lorsque fut esquissé, très en avance, le projet d'un colloque conclusif sur l'évaluation du nouveau Code du travail, la prudence commandait de prévoir un « plan B » pour le cas où le conclave toulousain n'aurait guère de matière à *disputatio*. Deux années plus tard, la crainte que la moisson de règles nouvelles soit maigre s'est partiellement confirmée : en définitive, le nouveau Code n'a pas induit les bouleversements spectaculaires que les Cassandre de 2008 annonçaient ; la guerre sociale n'a pas eu lieu, le droit du travail n'a pas brûlé. Pourtant, en ce mois de mai 2010, le « plan B » a paru bien superflu.

Un phénomène original et somme toute inattendu s'est produit dans le landerneau des spécialistes de droit du travail : ils ont, collectivement et à leur insu, dessiné les contours d'une communauté d'utilisateurs attachés à la défense de leur droit, de leur « ancien droit ». Nul travailleur ne s'est abstenu de participer à ce débat, même le plus modeste connaisseur de la matière. Et si ce n'était sur la place publique ou dans les revues juridiques, le débat bruissait dans le secret d'un cabinet ou d'un bureau : chacun d'entre nous, le ton grave, a émis une opinion ou s'est fendu d'un commentaire sur ce nouveau Code du travail

qui bouleversait à tout le moins... ses habitudes. C'est une communauté inquiète mais consciente d'elle-même qui s'est éveillée au cours de ces deux années. Universitaires, juges, avocats et autres praticiens, fonctionnaires de l'Administration du travail, syndicalistes..., cultivant des lopins du droit social plus ou moins divers, plus ou moins étendus et approfondis, ont trouvé, pour la première fois, un sujet d'intérêt commun. Et cette communauté se réunit aujourd'hui pour entendre la lecture d'un « acte d'accusation ».

## 2° Lecture d'un « acte d'accusation »

Alors que 34 codes ont été recodifiés entre 1989 et 2008<sup>1</sup>, le nouveau Code du travail entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008<sup>2</sup> est celui qui a le plus essuyé le reproche d'une codification à droit « inconstant ».

Le reproche est-il justifié ?

Le spectacle serait terrifiant, à lire les spécialistes du droit du travail. De multiples coquilles, erreurs véritables ou prétendues, maladresses ont été signalées ; de nombreuses corrections sont d'ailleurs intervenues (dont la centaine d'articles rectifiés par le D. n° 2009-289, 13 mars 2009).

Plus grave ou plus étonnant, quelques « réformes » ont été mises à jour par des universitaires et (souvent) par des praticiens émus ou (souvent) mécontents de constater une innovation normative dont ils se croyaient à l'abri.

Voilà pour l'élément matériel de la faute imputée aux artisans de la codification. Quant à l'élément moral de ce « délit légistique », qui aurait été commis (encore que les auteurs en soient inconnus individuellement, sauf à admettre une responsabilité collective que le droit pénal réprouve), les opinions ont oscillé entre deux attitudes : soit l'indulgence et l'hommage rendu à l'ampleur du

1. Pour une liste, v. H. Moysan, D. 2007, chron. 3029, annexe 3. L'auteur donne une liste des codes formellement en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2007 et la liste de ceux pour lesquels l'hésitation est permise (Code du blé, Code de la famille, Code de l'enseignement catholique).  
2. L. n° 2008-67, 21 janv. 2008 ratifiant l'ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 prise en vertu de la loi d'habilitation n° 2004-1343, 9 déc. 2004 (prorogée par la L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006). La partie réglementaire est issue du D. n° 2008-244, 7 mars 2008 (dont une centaine d'articles furent rectifiés par le D. n° 2009-289, 13 mars 2009).

travail pharaonique accompli ; soit l'accusation (à fleurets mouchetés ou non) de trahison de la mission recodificatrice confiée au pouvoir exécutif par la loi d'habilitation.

### 3° Le débat repose sur un postulat schizophrénique

Le législateur qui aurait habilité le gouvernement à codifier par ordonnance (L. 9 déc. 2004) ne serait pas celui qui a ratifié l'ouvrage (L. 21 janv. 2008). À supposer que la codification ait été foncièrement créatrice, le gouvernement aurait « trahi » le Parlement. Le délit légistique pourrait presque être qualifié de délit d'« abus de constance » (pour ne pas dire carrément d'abus de « confiance »... celle que les acteurs de la codification auraient trahie).

On sait pourtant que ce grief est dénué de portée juridique : le Conseil constitutionnel ne pouvait que s'incliner devant la hiérarchie des normes et rappeler que la loi de ratification n'est pas subordonnée à la loi d'habilitation. En théorie, le « délit légistique » n'appelle aucune peine ou sanction.

### 4° Une affaire de loyauté et de fidélité

C'est, en définitive, de loyauté et de fidélité (envers la loi d'habilitation) qu'il est surtout question, de façon assez inédite (avec cet écho) s'agissant d'une œuvre de codification. La communauté des usagers du droit du travail ne s'est pas seulement identifiée par son cri d'effroi unitaire à la vue du nouveau code. Une fraction d'elle-même s'est encore indignée de la déloyauté, du manque de fidélité, bref de l'inconstance (quasiment au sens affectif du terme) du nouveau code.

Voilà une communauté de juristes qui blâme son législateur pour la faiblesse de sa conscience morale. Ce n'est pas le peuple qui a été trahi – dont l'article 3 de la Constitution dit qu'il détient « la souveraineté nationale » mais « l'exerce par ses représentants », – c'est le « petit peuple » des usagers du droit du travail qui s'est senti trahi.

Dans ce climat, il ne serait pas étonnant que cette blessure relève essentiellement du fantasme. Mais la question de savoir si la codification fut à droit constant ou inconstant révèle aussi des vérités.

## 1 LES FANTASMES VOILÉS

### ► Négligences de la codification à droit constant

Il est vain et dérisoire de critiquer la fidélité de la codification à droit constant sur la foi de mal-façons anecdotiques. Outre qu'elles ne traduisent que des erreurs de négligence, elles ne possèdent aucune portée normative.

### 1° Coquilles, erreurs matérielles et autres anecdotes de la codification

- Le sentiment que la codification n'est pas intervenue à droit constant est souvent appuyé par des exemples d'erreurs matérielles. Celles-ci sont dépourvues de conséquence.

Un texte clair qui comporte une erreur matérielle ou dont l'application littérale produirait des conséquences absurdes doit être, non interprété, mais corrigé<sup>3</sup>. C'est ce que le droit anglais nomme, respectivement, la *Mischief Rule* et la *Golden Rule*<sup>4</sup>.

Un exemple peut être tiré d'une autre codification à droit constant, sévèrement critiquée en son temps. L'article L. 225-22 du nouveau Code de commerce reprenait « à droit constant » la règle contenue à l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966 (admettant le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social dans une société anonyme à la condition que le premier soit antérieur au second, même d'un jour), mais dans sa version antérieure à la loi du 11 février 1994 (ce qui aboutissait à rétablir un délai d'antériorité de deux ans); le garde des Sceaux estimait qu'il s'agissait d'une « erreur matérielle » qui ne devait pas modifier le droit positif<sup>5</sup>; encore fallait-il qu'elle soit corrigée (en l'occurrence par la L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, art. 33-II).

Quelle importance peut donc bien revêtir une erreur matérielle ? Les « auteurs de signalement » (d'erreurs de codification) le disent clairement : ces bévues sont utilisées ou plutôt instrumentalisées au cours de contentieux afin de décontenancer l'adversaire et insinuer le doute dans l'esprit du juge. Le procédé témoigne de la mauvaise foi fondamentale qui gouverne le débat judiciaire. Mais d'aucuns diront qu'il est « de bonne guerre » de s'engouffrer dans une telle brèche. De ●●●

3. Ex. : *Cass. crim.*, 8 mars 1930, DP 1930, 1, 101, note P. Voirin : un décret du 11 nov. 1917 sur la police des chemins de fer interdisait aux voyageurs « de descendre ailleurs que dans les gares, et lorsque le train est complètement arrêté » ; pris à la lettre, il eût obligé chaque voyageur à descendre en marche ; un contrevenant défendit cette interprétation littérale, en vain : « Le tribunal a décidé à bon droit que ce dernier texte devait être interprété comme interdisant aux voyageurs de monter dans les voitures ou d'en descendre avant l'arrêt complet du train ».

4. Ex. d'absurdité à proscrire, du point de vue des conséquences : un règlement municipal imposait la fermeture des commerces à 20 heures ; un commerçant ne peut prétendre fermer à 20 heures et réouvrir à 20 h 01 (v. R. Liggets, *Finlay Drug Stores*, 1919, 3 W.L.R., p. 1025).

5. *Rép. min. Justice* n° 30569 : JO Sénat Q, 1<sup>er</sup> mars 2001, p. 757 ; RTD com. 2001, p. 463, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

●●● ce point de vue, les avocats ont plutôt lieu de se réjouir d'une recodification à droit constant susceptible d'enrichir leur plaidoirie ! Quoiqu'il en soit, ces arguties ne sauraient être invitées au débat théorique sur les vertus ou qualités d'une codification à droit constant.

- L'inventaire des erreurs matérielles, coquilles et autres malfaçons anecdotiques peut commencer par la faute de conjugaison qui apparaît à l'article L. 5213-6, alinéa 2, où il est question d'une aide (en faveur des travailleurs handicapés) « *qui peut vent...* ».

Dans le registre humoristique, la liste des boissons « *alcoolisées* » (et non plus « *alcooliques* ») qu'il est permis à titre exceptionnel d'introduire dans l'entreprise est amputée de « *l'hydromel* » (restent, fort heureusement, « *le vin, la bière, le cidre et le poiré* »); a disparu de manière générale la condition que ces breuvages soient « *non additionnés d'alcool* » (art. R. 4228-20; anc. art. L. 232-2).

- Plus couramment, des erreurs de renvois de texte à texte (*non encore corrigées par la L. n° 2009-526, 12 mai 2009*) ont été signalées :

- l'article L. 3253-19, 3° du Code du travail, relatif à l'établissement, par le mandataire judiciaire, du relevé des créances de salaires renvoie par erreur : – à l'article L. 3253-8, 3° au lieu du 4° (créances dues en cas de liquidation judiciaire alors que le 3° concerne la convention de reclassement personnalisé); – au « *dernier alinéa* » de l'article L. 3253-8 (*anc. art. L. 143-11-1*) qui avait été abrogé par la loi du 26 juillet 2005 et n'existe donc plus. La première erreur figure aussi à l'article L. 3253-16, 2° relatif à la subrogation de l'AGS;

- l'article L. 2141-9 applique aux syndicats représentatifs dans l'entreprise « *les dispositions applicables à la section syndicale et au délégué syndical prévues par les chapitres III et IV* » alors qu'il s'agit des chapitres II (« *Section syndicale* ») et III (« *Délégué syndical* »);

- l'article L. 1233-71 relatif au congé de reclassement renvoie à l'article L. 2341-4 (sur le comité d'entreprise européen) au lieu de l'article L. 2341-1;

- l'article R. 3121-2 relatif au « *temps passé à la douche en application de l'article R. 4228-9* » (qui concerne la propreté de la douche) n'a pas de sens (il est sans doute question de l'article R. 4228-8).

- La suppression de renvois peut changer une perspective sans bouleversement de fond.

En cas de licenciement collectif pour motif économique de 2 à 9 salariés, l'ancien article L. 321-2, alinéa 2, du Code du travail se bornait à exiger la consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel « *conformément aux articles L. 422-1 ou L. 432-1* ». Autrement dit, seule la procédure du Livre IV était applicable (sur le projet de restructuration et de compression des effectifs au sens de l'art. L. 2323-15 nouveau), non celle du Livre III (*sur le projet de licenciement pour motif économique soumis aux articles L. 1233-21 et s. du nouveau code*) qui était réservée aux grands licenciements collectifs<sup>6</sup>.

Cette architecture est modifiée. Désormais, l'article L. 1233-8 prescrit de réunir et de consulter les délégués du personnel ou le comité d'entreprise selon des modalités rudimentaires (une seule réunion de l'instance représentative précédée de la remise des informations énumérées à l'article L. 1233-10 du Code du travail où ne figurent pas, par exemple, les mesures de reclassement des salariés licenciés). Il n'y a donc plus un Livre IV sans Livre III mais une consultation Livre II (ancien Livre III) allégée.

- Des « accidents » se sont produits lors de l'éclatement de textes. Un renvoi massif, dans l'ancien code, à un éventail de textes qui ont ensuite été dispersés dans le nouveau code a conduit à multiplier les renvois similaires aux différents fragments éclatés. Or, parmi ces textes auxquels il était trop largement renvoyé, certains n'étaient nullement concernés par la règle de base.

S'est ainsi posée la question singulière de savoir si l'article L. 1224-1 du Code du travail nécessitait un décret d'application ? L'article L. 1224-4 du Code du travail dispose qu'« *un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application des articles L. 1224-1 et L. 1224-2* », donc des anciens articles L. 122-12, alinéa 2, et L. 122-12-1 du Code du travail. Or, ce décret n'existe pas. On

6. V. en ce sens, Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44.933, inédit.

n'a d'ailleurs jamais entendu parler d'un décret d'application de l'article L. 122-12 ! Faut-il en conclure que l'article L. 1224-1 n'est pas applicable directement ?

En réalité, l'article L. 1224-4 est la reprise de l'ancien article L. 122-14-11 qui prévoyait qu'un décret fixait les modalités d'application des articles L. 122-4 à L. 122-14-10, essentiellement relatifs au licenciement. Ce décret existait et existe toujours : il s'agissait des anciens articles R. 122-2 et suivants, devenus R. 1234-1 et suivants, du Code du travail (fixant, par exemple, le montant des indemnités de licenciement). C'est donc une maladresse qui a été commise lors de la confection du nouveau Code du travail. L'article L. 1224-4 ne renvoie plus aujourd'hui qu'aux articles L. 1224-1 et L. 1224-2, soit en réalité les deux seuls textes qui n'étaient pas réellement concernés par le renvoi qu'opérait l'article L. 122-14-11 – bien que l'article L. 122-12 se trouvât enfermé formellement dans le champ du renvoi délimité par ce même article (entre L. 122-4 et L. 122-14-10, il y a bien L. 122-12...).

À l'inverse, l'alinéa d'un texte exprimant une règle commune aux alinéas précédents, lesquels sont ensuite éclatés dans des textes autonomes, peut ne pas avoir été repris dans chacun d'eux.

La règle selon laquelle la négociation annuelle obligatoire « peut avoir lieu au niveau [des] établissements ou groupes d'établissements » (art. L. 132-27, al. 4) n'a été reprise qu'à propos de la négociation sur la prévoyance maladie (art. L. 2242-11).

Il est toutefois un cas où l'erreur matérielle acquiert une portée normative.

## 2° Le danger à prendre la jurisprudence pour « droit comptant »

Le nouveau Code du travail a consacré des solutions jurisprudentielles. Le procédé semble bénin et il n'est d'ailleurs pas inhabituel dans l'histoire des codes à droit constant.

Mais il paraît moins anodin lorsque la jurisprudence gravée dans le marbre recélait une erreur d'interprétation. Le fait est patent lorsque le juge avait, à l'origine, sciemment refusé de corriger une erreur matérielle du législateur (qui se rectifie pourtant sans interprétation).

*1<sup>er</sup> exemple* : L'impossible nullité du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) en cas d'ouverture d'une procédure collective en fournit une nette illustration. Depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (*loi Aubry II*), l'ancien article L. 321-9 renvoyait à l'ancien article L. 321-4-1 « à l'exception du deuxième alinéa ». Cet alinéa réputait la procédure de licenciement « nulle et de nul effet » lorsque l'employeur avait omis de présenter un PSE lors de la consultation des représentants du personnel ; la règle figure désormais à l'article L. 1235-10 du Code du travail. Mais il ne faudrait pas croire que le législateur avait voulu exclure cette cause de nullité en matière de procédures collectives. Une cacophonie de textes expliquait ce malentendu. À l'origine, l'article L. 321-9 écartait du champ du renvoi à l'article L. 321-4-1 son alinéa 2 qui renfermait alors le fameux « amendement Michelin » dans sa première mouture (*C. trav., art. L. 321-4-1, al. 2 à 4 anciens*), issue de la loi Aubry II du 19 janvier 2000, qui ne vit pas même le jour en raison d'une censure du Conseil constitutionnel (*Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423, loi Aubry II, Rec., p. 33*). La seconde mouture de l'amendement Michelin reçut l'approbation du juge constitutionnel (*Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC*) mais ne connut aucune application ou presque : suspendue aussitôt par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 pour une durée de dix-huit mois (*durée prolongée de six mois par la L. n° 2004-627 du 30 juin 2004*), elle fut définitivement abrogée par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005.

Au total, l'alinéa 2 dont il était question n'existait plus... Mais la rédaction de l'article L. 321-9 n'ayant pas été adaptée (il aurait dû cesser de réserver l'alinéa 2 litigieux), l'interprète avait l'illusion que le législateur avait voulu évincer la nullité « remontée » au deuxième alinéa de l'article L. 321-4-1 ! Or, auparavant, l'absence ou l'insuffisance d'un PSE justifiait toujours l'annulation de la procédure de licenciement<sup>7</sup>.

De façon stupéfiante, la Cour de cassation a refusé de rectifier cette erreur matérielle au motif que le législateur avait eu maintes fois l'occasion de le faire lui-même... À défaut de nullité, le PSE irrégulier encourt néanmoins une sanction : « *s'il est exact qu'en application des dispositions* » ●●●

<sup>7</sup> *Cass. soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 368. – 19 févr. 2002, Juris-Data n° 2002-013382.*

●●● combinées des articles L. 321-4-1 et L. 321-9 [anciens] du Code du travail, dans leur rédaction résultant de la loi du 19 janvier 2000 applicable en la cause, la nullité de la procédure de licenciement n'est pas encourue en raison de l'insuffisance d'un plan social établi à l'occasion d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur [...], l'insuffisance du plan social au regard des exigences de l'article L. 321-4-1 [ancien] du Code du travail prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques ensuite prononcés. »<sup>8</sup>

Le nouveau Code du travail offrait l'occasion idéale de rectifier cette flagrante erreur de rédaction. Ce ne fut pas le cas : l'article L. 1233-58 ne renvoie pas à l'article L. 1235-10; bien pire, l'article L. 1235-10 enfonce le clou en affirmant expressément, en son dernier alinéa, que « le premier alinéa n'est pas applicable aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire » ! L'erreur législative non rectifiée par le juge est devenue vérité. Plus grave, la nouvelle rédaction hâtivement adoptée rompt avec la méthode de la codification à droit constant : elle consacre une jurisprudence « erronée » et barre la voie à un revirement de jurisprudence.

**2<sup>e</sup> exemple :** La Cour de cassation affirme que les critères relatifs à l'ordre des licenciements s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entreprise et non établissement par établissement. La solution est critiquable, notamment parce que l'ancien article L. 321-1-1 s'appliquait « dans les entreprises ou établissements ». Ce texte ouvrirait à la Cour de cassation une issue vers un revirement fortement attendu. L'article L. 1233-5 condamne cette éventualité : la formule précitée a disparu et seule subsiste la référence à « l'employeur ».

## ► Licence de la codification à droit constant

• L'impact des négligences commises par les rédacteurs du nouveau code est relativisé par la licence qui leur a été octroyée par le législateur.

La loi du 16 décembre 1999 autorisa le gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes. L'article 1<sup>er</sup> de la loi désigna, pour la première fois, les limites de la codification à entreprendre : « Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des

modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit. »<sup>9</sup> Cette formule fut reprise et pérennisée par l'article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations » : « La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit. »

De même, la seconde loi d'habilitation (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 57, I) autorisa le gouvernement « à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification ». Ces derniers mots délivraient presque un blanc-seing aux artisans du nouveau Code du travail !

C'est dire que, dans la codification à droit constant, des modifications sur le fond peuvent être apportées aux règles en vigueur, du moins dans les limites tracées par la loi d'habilitation<sup>10</sup> : la compilation se mâte de systématisation. Il n'y a pas lieu de s'en offusquer : la neutralité absolue de la codification à droit constant n'est qu'une utopie ; des corrections sont toujours nécessaires pour assurer la jointure des blocs assemblés.

Quant au « respect de la hiérarchie des normes », il justifie les nombreux déclassements de textes législatifs en partie réglementaire, qui ont particulièrement nourri le sentiment que la codification n'était pas intervenue à droit constant. De fait, ce sentiment se nourrit d'abord du changement des habitudes induit par cette redistribution textuelle. En droit, la licence législative n'a pas été méconnue.

• La quête d'une « cohérence rédactionnelle » a sans doute le plus inspiré le codificateur.

Des conventions d'écriture (celles figurant dans le « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires »<sup>11</sup>, coécrit en 2005 par le secrétariat général du gouvernement et le Conseil

8. Cass. soc., 2 févr. 2006 ; Semaine sociale Lamy, 6 févr. 2006, n° 1247, p. 5, rapp. P. Bailly ; JCP Éd. S 2006, 1137, note M. Morand ; RJS 4/2006, n° 412 et chron. C. Frouin et J.-Y. Frouin, p. 251 ; 13 juin 2006, JCP Éd. S 2006, 1898 ; Dr. ouvr. 2006, p. 549 ; 3 mai 2007, JCP Éd. S 2007, 1701, note B. Bossu.  
9. L. n° 99-1071 du 16 déc. 1999 « portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ».  
10. CE, 13 juill. 2006, Dr. adm. 2006, comm. 161 : la loi d'habilitation qui autorise le gouvernement à abroger des dispositions devenues sans objet ne l'autorise pas à abroger des dispositions législatives pour les mettre en conformité avec la hiérarchie des normes (not. des dispositions de forme législative adoptées sur une matière réglementaire).  
11. [http://www.legi.france.gouv.fr/html/Guide\\_legistique/guide\\_leg.pdf](http://www.legi.france.gouv.fr/html/Guide_legistique/guide_leg.pdf) (v. spéc. fiche 1.4.2. sur la codification).



d'État) ont été adoptées. Notamment, une modernisation du vocabulaire a été recherchée, par exemple en remplaçant les termes « *résiliation* » par « *rupture* » et « *délai congé* » par « *préavis* ».

Les « *membres du comité concernés* » ont remplacé les « *membres du comité intéressés* » (art. L. 2324-26; anc. art. L. 433-14) et les « *entreprises de 50 salariés et plus* » (par exemple) les « *entreprises d'au moins 50 salariés* » (ex. : art. L. 1235-10 et anc. art. L. 321-4-1).

Ce modernisme ministériel a connu quelques ratés.

– Ainsi la « *rupture* » d'un contrat ne s'identifie pas à sa « *résiliation* » (qui ne concerne que le contrat à durée indéterminée) : la substitution de ce dernier terme est inconséquente. À l'inverse, l'article L. 1226-20, comme l'ancien article L. 122-32-9, continue à permettre la « *résolution judiciaire* » du CDD alors qu'il ne peut être question que de *résiliation judiciaire*.

– La généralisation du terme « *employeur* », qui recouvre le plus souvent une personne morale, là où la loi désignait le « *chef d'entreprise* » ou « *chef d'établissement* », qui est une personne physique, aurait pu être lourde de conséquences en droit pénal (*v. infra*).

De façon plus orthodoxe, le présent de l'indicatif a été généralisé pour éviter une gradation des obligations (« *est tenu de* », « *doit* », « *doit obligatoirement* »...). Le Conseil constitutionnel a rappelé que « *l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions du nouveau Code du travail leur caractère impératif* »<sup>12</sup>.

• L'harmonisation du droit est souvent perçue comme un manquement à la méthode de la codification à droit constant. Elle respecte pourtant les limites qui lui sont assignées par la loi du 12 avril 2000.

C'est ainsi que l'article L. 1242-13 dispose aujourd'hui que le contrat de travail à durée déterminée est transmis au salarié « *dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche* » : l'ancien article L. 122-3-1 ne précisait pas le mode de computation de ce délai alors que l'ancien article L. 124-4, relatif au contrat de travail temporaire, mention-

nait bien un délai de deux jours ouvrables : l'harmonisation s'imposait.

• En somme, le procès pour « *abus de constance* » de la codification à droit constant laisse apparaître beaucoup de fantômes ; le délit n'est pas constitué. Mais il aura révélé quelques vérités.

## 2 LES VÉRITÉS RÉVÉLÉES

Les pourfendeurs de la codification à droit constant font fausse route à un double titre : ils s'appuient de façon irrationnelle sur une méthode d'interprétation de la loi, qui plus est la méthode littérale ; ils n'aperçoivent pas, derrière ce droit argué d'inconstance, le rôle essentiel de la jurisprudence constante.

### ► Le postulat méthodiste et les défenseurs de la lettre

• La critique qui stigmatise l'inconstance de la codification paraît adopter ce postulat qu'il existe des méthodes d'interprétation et, bien pis, que la méthode exégétique – dans sa version la plus rigoureuse, c'est-à-dire littérale – gouverne seule l'office du juge. Il est stupéfiant de découvrir ce présupposé dans la pensée de juristes qui, dans leur étude et leur pratique quotidiennes du droit social, savent parfaitement qu'il est une vue de l'esprit.

#### 1° Des méthodes d'interprétation ?

• Comment s'interprète la loi ? Telle est la question préliminaire qu'il est impossible d'éluder (elle l'est souvent). Il existe principalement deux séries de méthodes.

• La méthode exégétique est réputée la plus classique mais aussi la plus servile. Empruntant ses caractères à l'« *École de l'exégèse* » (qui n'était pas une véritable école de pensée), elle réduirait le droit à la loi et le tiendrait pour un ensemble clos, insensible aux réalités sociales ou à la justice, et suivant une logique infaillible (ce que les exégètes ne pensaient pas davantage...) : l'interprète serait un esclave enchaîné au texte. En réalité, la méthode exégétique revêt, à l'époque contemporaine, deux formes.



<sup>12</sup> Cons. const., 17 janv. 2008, n° 2007-561, DC.

13. Ex. : Chron. résumés, 2 juill. 1903, Ménard, DP, 1903, 1, 353; S., 1904, 1, 65, not. chron. Lyon-Caen, statuant en raison « tant des termes de l'article 747 (anc. du C. civ.) que la rubrique sous laquelle cet article se trouve placé ». Pour les contrats, C. civ., art. 1161 : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

14. A. Sauret et J.-S. Lipski in JCP Éd. S 2009, Étude, 1279 et JCP Éd. S 2010, Étude, 1166.

15. C. civ., art. 1157 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

16. H. Lauterparcht, « L'interprétation des traités », Rec. cours La Haye, Tome XLIII, 1950, p. 368, spéc. p. 402.

17. Selon l'expression de J. Carbonnier (droit civil. Introduction, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 1955, rééd. 2004, n° 160, p. 307). V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 janv. 2002, Bull. civ. I n° 33 : une cour d'appel « ne saurait se voir reprocher de ne s'être pas livrée à une recherche (dans les travaux préparatoires) qui relevait de sa liberté quant aux méthodes d'interprétation de la loi ».

18. Ainsi, lorsque Gény fit une étude de droit positif postérieure à sa Méthode d'interprétation... (Des droits sur les lettres missives étudiées principalement en vue du système postal français, 1911), ses méthodes d'interprétation se révélèrent aussi classiques que celles de ses contemporains.

19. H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », in Choix d'articles, LGDJ, 1976, p. 408, spéc. p. 415 : « Au souci de la vérité se joint celui du loyalisme : inégal chez les particuliers, il est un devoir fondamental chez ceux qui parlent au nom de l'État ».

20. Éphésiens, III, 6.

●●● Dans une variante subjective, elle cherche la volonté du législateur. Tantôt, elle se livre à l'analyse de la *ratio legis* (la raison d'être, l'esprit, le but de la loi) : c'est l'interprétation téléologique qui prend appui, notamment, sur les intitulés de la loi, un exposé préalable des motifs ou un énoncé général ; elle est parfois considérée comme une méthode autonome. Tantôt elle a recours aux travaux préparatoires.

Or, cette double source d'inspiration n'est d'aucun secours à l'interprète dans une codification à droit constant : les pensées exprimées par le législateur sont inversement proportionnelles à la masse des règles édictées ; à l'océan de textes déversés répond le néant des travaux préparatoires. Quant au but de la loi, il est censé se réduire à la fabrication d'un code, sans arrière-pensée réformatrice !

Dans sa variante objective, la méthode exégétique s'appuie sur le texte en lui appliquant une série d'analyses lexicale, grammaticale et logique. L'analyse logique permet surtout de dégager la cohérence intellectuelle d'une disposition ambiguë. L'emplacement d'un texte dans un code permet aussi d'en préciser le sens : le texte s'éclaire par le contexte <sup>13</sup>.

Le procédé, cette fois, est abondamment – voire abusivement – employé par les adeptes de la thèse d'une codification à droit inconstant.

Ainsi, il a été soutenu que les exonérations sociales attachées à l'intéressement ne seraient plus subordonnées qu'au respect de la règle de non-substitution à un élément de salaire (non au respect des caractères collectif et aléatoire) dans la mesure où l'article L. 3314-2 du Code du travail ne renvoie qu'aux « exonérations prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3 », qui ne mentionnent que des exonérations fiscales... bien que ces textes figurent dans un intitulé « Régime social et fiscal de l'intéressement ». <sup>14</sup>

Mais une vérité semble avoir été perdue de vue : les méthodes exégétiques ne gouvernent que modestement l'interprétation de la loi.

• Le droit des contrats <sup>15</sup> et surtout celui des traités <sup>16</sup> emploient une méthode extensive, à la fois simple et pragmatique : les stipulations conventionnelles doivent être interprétées de telle façon qu'elles acquièrent une pleine efficacité. La Cour de justice des communautés européennes

a exploité ce raisonnement – baptisé « *principe de l'effet utile* » – pour étendre de façon considérable la portée du droit communautaire et les compétences de la communauté.

Or, en droit du travail, dont les finalités exercent une pression écrasante sur le raisonnement, cette méthode est omniprésente afin d'accroître l'emprise du droit sur les relations de travail.

## 2° Les voies de l'interprétation

• Par-dessus tout, une interprétation donnée s'impose par des voies qu'une logique abstraite peine à expliquer. Les voies de l'interprétation comptent plus que les méthodes envisageables.

Le législateur n'indiquant pas la façon d'interpréter les lois, la doctrine a longuement recherché les meilleures méthodes possibles. Mais la jurisprudence se montre insensible à ce tourbillon intellectuel : son « *électisme tactique* » l'empêche de choisir <sup>17</sup>. La controverse, intense au XIX<sup>e</sup> siècle, s'est avérée, à l'expérience, fort décevante <sup>18</sup>. Ce n'est pas en ratiocinant sur les méthodes gouvernant la recherche de la vérité et de la justice que le juriste découvrira l'une ou l'autre.

• La qualité de l'interprétation dépend surtout de vertus civiques, intellectuelles et morales de l'interprète, non de « *méthodes* ».

1) De vertus civiques : l'interprète est tenu à un devoir de loyauté envers la loi dont il est le serviteur ; ce devoir est impérieux chez le juge qui rend ses décisions « *au nom du Peuple français* » <sup>19</sup> ; mais, plus ancien est le texte, plus libre est le juge.

2) De vertus intellectuelles et morales : l'honnêteté, le bon sens, la conception du vrai et du juste de l'interprète.

La controverse relative à la codification à droit constant a mis en exergue de façon remarquable cette exigence : interpréter est aussi une question de loyauté, de fidélité, en un mot, de morale. Les artisans du nouveau Code du travail (comme ceux qui les ont précédés dans d'autres branches du droit) furent plus des interprètes que des codificateurs. Aussi ont-ils particulièrement essuyé le grief de la déloyauté.

• Saint-Paul a dit : « *La lettre tue, l'esprit vivifie*. » <sup>20</sup> L'esprit sans la lettre, c'est le vent qui

s'enfuit; la lettre sans l'esprit, c'est la mort. À la lettre, à la grammaire et à la logique doivent s'ajouter la justice et l'utilité sociale, c'est-à-dire le droit. L'interprétation est le droit vivant.

- C'est sous ces réserves que doivent être évoqués quelques « travers » de la codification à droit constant. Le terme est péjoratif. Mais il doit être employé avec tact tant il est relatif et subjectif. Les critiques émises émanent d'auteurs qui adhèrent à une méthode d'interprétation, feignant d'oublier que le droit ne se construit pas seulement par ce biais.

- Il est encore plus contestable, parfois fallacieux, de dénoncer un manquement à la méthode de la codification à droit constant sur la foi d'une interprétation littérale des nouveaux textes lorsque l'évidence – doublée de l'expérience de la jurisprudence passée – enseigne que le juge n'interprètera pas ceux-ci selon la méthode exégétique.

Ainsi, il faut une certaine étroitesse d'esprit pour déplorer la substitution de « l'employeur » à « l'employeur ou son représentant » (ex. : art. L. 1232-2 et anc. art. L. 122-4), alors que cette dernière formule comportait une réserve qui allait de soi.

Un deuxième postulat apparaît ici, sous-jacent à la plupart des critiques : le juge appliquera à la lettre le nouveau code, quand bien même il n'a pas interprété de la sorte l'ancien.

## ► La codification « à jurisprudence constante »

- Révélant une deuxième vérité, le juge se rappelle à lui-même l'importance d'être constant. Mais la fidélité atteint sa limite lorsque l'inconstance est trop caractérisée.

### 1° L'importance d'être constant : la profession de foi de la Cour de cassation

- La Cour de cassation, qui est bien placée pour connaître ses « méthodes » supposées, l'a ouvertement déclaré : « *sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant.* »<sup>21</sup>

Le propos avait déjà guidé la pratique dite de « l'adoption des règlements orphelins ».

La Cour de cassation s'appuie sur la spécificité de la « *codification à droit constant* » pour admettre que des règlements d'application de textes législatifs abrogés s'appliquent aux textes légaux qui, au sein du nouveau code, reprennent la substance des lois antérieures, à moins que leur abrogation expresse ou tacite ne soit établie. Le nouveau code adopte ainsi les règlements orphelins, sauf incompatibilité de contenu : « *L'abrogation d'une loi à la suite de sa "codification à droit constant" ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée.* »<sup>22</sup> En matière de durée du temps de travail, les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936, instituant la semaine de 40 heures, devinrent ceux de l'ordonnance du 16 janvier 1982, instituant la semaine de 39 heures, malgré la différence de logique<sup>23</sup>.

Surtout, la Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens après l'entrée en vigueur du précédent Code du travail : « *le décret du 15 novembre 1973 qui n'était qu'une œuvre de codification des textes antérieurs n'avait pas eu pour objet de modifier les dispositions contenues dans ceux-ci et, par suite, la substitution de la conjonction « ou » à la conjonction « et » [...] était dépourvue de conséquence* »<sup>24</sup>; « *la codification n'a pas modifié la réglementation en vigueur.* »<sup>25</sup> Le propos est d'abord remarquable en ce qu'il semble considérer que l'œuvre de « *codification* » (tout court) est, par nature, compilation à droit constant.

À bien y réfléchir, cette profession de foi, qui sonne comme un serment d'allégeance au droit antérieur, a une portée spectaculaire. Trois remarques.

#### • La codification coupe court à l'interprétation

Selon les « *éléments de réponse commune au questionnaire d'évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* », transmis au nom de la quasi-totalité des conseillers de la chambre sociale de la Cour de cassation (v. dans ce même numéro spécial, le « *Point de vue des magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation* »), « *lorsqu'elle a relevé des différences entre les deux versions de nature à poser des difficultés d'interprétation du nouveau texte, le principe de la recodification à droit constant s'est imposé comme un élément important de cette interprétation, la chambre sociale considérant que sauf dispositions contraires expresses, la recodification s'est faite à droit constant* ».

21. Cass. soc., 27 janv. 2010 : RJS 4/10, n° 322.

22. Cass. crim., 16 oct. 1996, Bull. crim. n° 367; Dr. pén., 1997, comm. 47 : « *L'abrogation d'une loi à la suite de sa "codification à droit constant" ne modifie ni la teneur des dispositions transférées, ni leur portée; en outre, les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation postérieure* » (à propos du transfert dans le Code de la consommation de certains délits réprimés auparavant par des lois éparses; un prévenu ne saurait tirer profit de l'abrogation – rétroactive en matière pénale – de ces lois codifiées ni invoquer à leur endroit l'absence de textes d'application).

23. Cass. soc., 30 sept. 1997, JCP Éd. E, 1998, p. 216, annexe.

24. Cass. soc., 22 mai 1975 : Bull. civ. V n° 268.

25. Cass. soc., 3 juin 1977 : Bull. civ. V n° 374.

●●● Une présomption se dégage selon laquelle la constance affichée par le législateur est authentique, conforme à la vérité. Partant, la lettre de la loi nouvelle doit s'interpréter *a priori* dans le même sens que la loi ancienne : le fait de la codification précède l'œuvre d'interprétation et coupe court à celle-ci. L'inversion logique est remarquable : à l'ordinaire, l'interprétation précède l'extraction du sens de la loi (à moins qu'elle n'appelle aucune interprétation en raison de sa clarté).

• Diverses questions ont déjà été tranchées à la lumière de cette « *présomption d'interprétation conforme* ».

Le statut des gérants de succursales n'a pas connu de bouleversements. La Cour de cassation appliqua sans broncher « *l'article L. 782-7, recodifié L. 7322-1 du Code du travail* »<sup>26</sup>. Pourtant, des conditions fort restrictives avaient été omises aux articles L. 7321-2 et L. 7322-1, menaçant d'ouvrir à nombre de commerçants le bénéfice du salariat ! Rien moins que trois lois (L. n° 2008-67, 21 janv. 2008 ; L. n° 2008-776, 4 août 2008 ; L. n° 2009-526, 12 mai 2009) ont apporté les retouches nécessaires. Ce contexte houleux s'explique par le lobbying actif qui s'est exercé auprès de certains parlementaires lors de la ratification du nouveau Code du travail ; les omissions signalées n'étaient pas le fruit du hasard...

• D'autres questions seront à l'évidence résolues dans le même sens qu'auparavant.

– Ainsi, l'article L. 1235-5 écarte la sanction indemnitaire (un mois de salaire au maximum) du licenciement survenu sans que la procédure ait été observée mais pour une cause réelle et sérieuse (art. L. 1235-2) si le salarié a moins de deux ans d'ancienneté ou si l'entreprise compte moins de onze salariés. Le salarié peut néanmoins « *prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi* ». Il est fort probable qu'il y ait aussi droit en cas de non-respect de la procédure car, selon une jurisprudence antérieure, « *toute irrégularité de la procédure de licenciement entraîne pour le salarié un préjudice que l'employeur doit réparer et qu'il appartient au juge d'évaluer* », sans pouvoir affirmer que le salarié ne justifie d'aucun grief<sup>27</sup>.

– L'article L. 8223-1, qui accorde au salarié une indemnité forfaitaire de rupture égale à six mois de salaire en cas de travail dissimulé, ne débute plus par cette formule qui figurait à l'article L. 324-11-1 : « *à moins que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles ne conduise à une solution plus favorable*. » Une jurisprudence complexe et instable détermine les possibilités de cumul de cette indemnité forfaitaire avec les autres indemnités de rupture. Un nouveau revirement est possible mais il ne devrait pas être particulièrement provoqué par la nouvelle rédaction donnée au texte. D'autant que certains observateurs voient dans la suppression de ce membre de phrase une consécration de la jurisprudence favorable au cumul<sup>28</sup>.

– L'article L. 2143-6 permet aux syndicats représentatifs de désigner un délégué du personnel comme délégué syndical « *dans les établissements qui emploient moins de 50 salariés* » et non, comme l'ancien article L. 412-11, « *dans les entreprises et organismes [...] qui emploient moins de 50 salariés* ». La jurisprudence estimait que cette possibilité ne concernait pas les entreprises de plus de 50 salariés, même comportant un établissement de moins de 50.

– Dans l'ordonnance de recodification du 12 mars 2007, l'ancien article L. 772-2 relatif aux employés de maison était devenu l'article L. 7221-2, énumérant quelques dispositions applicables à ces travailleurs. La loi de ratification du 21 janvier 2008 ajouta « *seules applicables* ». Littéralement, les parlementaires auraient privé l'employé de maison du droit à un salaire minimum, de son droit à une indemnité de licenciement ou encore écarté l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de rupture !<sup>29</sup> À l'évidence, le juge ignorera cet ajout suspect.

• *Le nouveau Code du travail au renfort de l'interprétation*

De façon encore plus dynamique, la nouvelle rédaction donnée à certains textes a pu confirmer la Cour de cassation dans son interprétation de la loi. Une jurisprudence antérieure peut trouver une assise encore plus solide dans le nouveau texte. Le vent nouveau souffle dans le sens d'une jurisprudence qui avait plus ou moins un appui textuel.

26. Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42.089.  
27. Cass. soc., 29 juin 1999 : Bull. civ. V n° 310.

28. Cass. soc., 12 janv. 2006 : Bull. civ. V n° 13.

29. D. Boulmier, *Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance. Le cas des employés de maison* : JCP Éd. S 2008, étude, p. 1625, qui décrit l'étrange genèse de cet ajout.

– Ainsi, comme l’a expliqué un conseiller à la Cour de cassation, le refus d’apprécier le seuil de déclenchement de l’obligation de mettre en place un PSE à l’échelle d’un GIE, bien qu’il fût doté d’un comité d’entreprise commun<sup>30</sup>, a été conforté par l’article L. 1233-61 qui mentionne uniquement « *les entreprises de 50 salariés et plus* » alors que l’ancien article L. 321-4-1, qui précisait en outre les prérogatives du comité d’entreprise en ce domaine, invitait à se placer au niveau de ce groupement.

– En droit pénal du travail, la désignation de « *l’employeur* » à l’article L. 4741-1, alors que l’ancien article L. 263-2 incriminait « *les chefs d’établissement, directeurs, gérants ou préposés* » (soit des personnes physiques), loin d’induire un bouleversement de la responsabilité pénale des personnes morales, accompagne l’évolution récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui tend à condamner directement la personne morale sans rechercher la responsabilité de son représentant<sup>31</sup>.

– En matière de harcèlement moral, l’article L. 1152-1 envisage désormais la dégradation de « *ses conditions de travail* » alors que l’article L. 122-49 visait une dégradation « *des conditions de travail* ». La loi excluait-elle le harcèlement collectif qui serait aujourd’hui punissable ? La Cour de cassation a admis en ce sens que « *peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu’elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d’entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d’altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »<sup>32</sup>.

## • Arrêt de règlement ?

L’affirmation selon laquelle, « *sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant* », est doublement problématique.

• D’une part, la formule ne vise pas tant le droit écrit que son interprétation par le juge...

L’arrêt du 27 janvier 2010 est exemplaire à cet égard. Il maintient le statut protecteur contre le licenciement dont bénéficiait le conseiller du salarié

ayant cessé ses fonctions depuis moins d’un an, bien que le nouvel article L. 1232-14 ne l’octroie plus qu’au conseiller du salarié en cours de mandat. Or, la solution antérieure ne s’imposait pas de façon évidente : elle avait été admise à la faveur d’une interprétation du renvoi opéré par l’ancien article L. 122-14-16 à l’ancien article L. 412-18. La constance de l’interprétation est plus manifeste que la prétendue inconstance de la loi dont le sens n’était pas clairement perceptible.

Or, comment la jurisprudence peut-elle être constante ? N’a-t-elle pas vocation à évoluer ? La Cour de cassation l’avait rappelé avec autorité : « *L’évolution de la jurisprudence relève de l’office du juge dans l’application du droit* » et il ne saurait donc y avoir de « *droit acquis à une jurisprudence figée* »<sup>33</sup>. L’arrêt du 27 janvier 2010 taillerait-il une brèche dans ce refus ?

• D’autre part, le juge du droit peut-il garantir le maintien à l’avenir d’une certaine interprétation de la loi sans enfreindre la prohibition des arrêts de règlement (*C. civ., art. 5*) ? La réponse est sans doute positive tant le champ de cette prohibition est étroit. Mais il est remarquable de déceler ici une nouvelle preuve (parmi quelques autres que nous avons présentées)<sup>34</sup> du pouvoir créateur de la jurisprudence qui n’hésite pas à s’autoproclamer source de droit.

## 2° La double inconstance ou les limites de la fidélité

• Néanmoins, le nouveau Code du travail comporte des innovations qui ne pourront que difficilement être atténuées au moyen de la directive, proposée par la Cour de cassation, d’une interprétation « *à jurisprudence constante* ». C’est que, en maintes circonstances, il n’y a plus rien à interpréter ! Aucun raisonnement n’est en mesure de combler la lacune creusée par le nouveau code.

## • La codification à droit troublant

► Les frontières fluctuantes du nouveau code : un problème majeur mais périphérique.

En réalité, les plus grandes difficultés d’interprétation nées de l’entrée en vigueur du nouveau code touchent aux frontières qui bornent le champ d’application du droit du travail, sur un plan matériel ou géographique :

30. Cass. soc., 28 janv. 2009, *JCP Éd. S* 2009, p. 1176.

31. P. Morvan, « *La personne morale maltraitée par le droit pénal* », in « *Code pénal et code d’instruction criminelle. Livre du Bicentenaire* », Dalloz, 2010, p. 171.

32. Cass. soc., 10 nov. 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 109 ; *RJS* 1/10, n° 8.

33. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Le Collinet*, *D.* 2000, p. 593 ; *RTD civ.*, 2000, p. 592, obs. P.-Y. Gautier et p. 666, obs. N. Molfessis. *V. aussi* Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, *D.* 2001, 3470 ; *JCP Éd. G.*, 2002, p. 10045.

34. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale, Defrénois*, 3<sup>e</sup> édition, 2009, nos 348 et s.

●●● – frontière entre le secteur public et le secteur privé (avec le délicat problème des établissements publics mixtes et des institutions à statut atypique),

– frontière entre le territoire métropolitain et les collectivités d'outre-mer (à rapprocher de celle qui sépare, en métropole, l'Alsace-Moselle du reste de la France),

– frontière entre le travail subordonné et le travail indépendant, autour de laquelle gravitent ces travailleurs hybrides que la 7<sup>e</sup> partie du Code assimile à des salariés ;

– frontière entre le Code du travail et les autres codes, existants ou à naître, dans lesquels ont été exilées des dispositions relatives à certaines catégories de travailleurs (*v. infra*).

Bien qu'elles soient sources de litiges, ces frontières ne datent pas du nouveau code. De la même façon qu'un déménagement est souvent l'occasion de mettre à jour quelques vieilleries oubliées dans une cave ou un grenier, et donne parfois lieu à de surprenantes découvertes, la rédaction du nouveau Code du travail a soulevé l'épaisse poussière qui recouvrait les frontières du Code du travail. La nécessité de mettre clairement à jour leur tracé a suscité des questions (par exemple, dans les chambres de commerce et d'industrie, là où elles n'appliquaient pas le droit du travail) qui ont toujours existé mais que nul ne se posait, dans la brume de l'ancien code. Les enjeux sociaux et politiques sont importants. Mais, pas plus que les déménageurs qui incitent leur client à procéder à un grand ménage, les rédacteurs du nouveau code ne sont coupables des trouvailles – plus ou moins bienvenues – que font aujourd'hui ses usagers.

Le trouble vient d'ailleurs.

• Omissions troublantes.

– Le nouveau Code du travail comporte quelques omissions, oublis, ellipses, parfois troublants. Il semblera délicat au juge de ravauder l'ouvrage et préférable d'attendre une correction législative – dont l'avènement reste hypothétique.

– La suppression de la présomption irréfutable de contrat de travail du conjoint qui exerce une activité professionnelle habituelle donnant lieu à

une rémunération au moins égale au smic (*anc. art. L. 784-1*) s'expliquerait par l'existence de l'article L. 121-4 du Code de commerce. Mais, selon un auteur, « l'article L. 784-1 n'ayant pas été repris dans le nouveau Code du travail, on ne voit pas comment la chambre sociale pourrait encore maintenir sa jurisprudence » selon laquelle ni le lien de subordination ni même le versement d'une rémunération ne constitue une condition à la reconnaissance du statut de salarié<sup>35</sup>.

– Le superprivilège des salaires assortissait également les contributions dues par l'employeur à Pôle Emploi au titre des conventions de reclassement personnalisé conclues en cas de licenciement économique (*C. trav., art. L. 321-4-2, in fine ancien*). Mais la règle n'apparaît plus dans le nouveau code.

– Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le comité d'entreprise peut avoir recours à un expert technique, rémunéré par l'employeur, à l'occasion de « tout projet important d'introduction de nouvelles technologies » ou visant à la mise en œuvre de « mutations technologiques importantes et rapides » (*C. trav., art. L. 2325-38 qui renvoie aux art. L. 2323-13 et L. 2323-14*). N'a pas été reprise dans le nouveau Code du travail la règle qui prévoyait, en pareil cas, que le CHSCT (lui-même consulté sur ce type de projet), « s'il souhaite un complément d'expertise sur les conditions de travail, [devait] faire appel à cet expert » (*C. trav., art. L. 236-9, III ancien*), sans d'ailleurs se heurter au délai butoir de quarante-cinq jours qui enferme l'expertise diligentée par le CHSCT. Des employeurs en déduisent que le CHSCT ne peut diligenter aucune expertise sur « un projet important d'introduction de nouvelles technologies ».

– Le mot « éventuellement » a disparu dans l'article R. 2323-37 (*anc. art. R. 432-14, sur l'approbation de la gestion financière du Conseil d'État par le commissaire aux comptes qui devient donc impérative*), tandis que la locution « le cas échéant » a disparu de l'article L. 4132-4 (*anc. art. L. 231-9, al. 3, sur le recours à une procédure de mise en demeure ou de référé par l'inspecteur du Travail après exercice infructueux du droit d'alerte du CHSCT, qui deviendrait donc automatique*).

35. G. Auzéro, *Le conjoint salarié victime de la recodification ?*, *Semaine Sociale Lamy* 2008, n° 1372.

- Exil et oubli.

Par ailleurs, la codification s'est accompagnée d'une décodification... de textes exilés vers un autre code existant ou... à naître (*ex. : le Code des transports*)<sup>36</sup>. Le risque est alors que des magistrats oublient désormais de rechercher ces dispositions reléguées dans des codes qui leur sont moins familiers (tel le statut des assistants maternels renvoyé au Code de l'action sociale et des familles, dont l'article L. 423-2 déclare applicable 17 séries de dispositions du Code du travail).

L'abrogation de règles jugées obsolètes est également contestable (*ex. : art. L. 126-1 à L. 126-4 et R. 126-1 à R. 126-5 relatifs aux cautionnements*) car leur actualité peut toujours resurgir.

- Additions troublantes.

Certains ajouts s'avèrent inopportuns ou maladroits. Le juge pourra difficilement y remédier.

– L'article L. 1224-2 du Code du travail (instituant une solidarité légale entre le cédant et le cessionnaire en cas de transfert d'entreprise) écarte de ses prévisions les cessions d'entreprise intervenues dans le cadre d'une « *procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* ». La procédure de sauvegarde issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (*C. com., art. L. 620-1 et s.*) ne figurait pas parmi ces exceptions dans l'ancien article L. 122-12-1 mais le nouveau Code du travail l'y a ajoutée. L'addition est extrêmement contestable puisque la procédure de sauvegarde est demeurée, sauf exception légale, soumise aux règles de droit commun en matière de licenciement et de garantie AGS (l'employeur n'étant pas en état de cessation des paiements).

– L'article L. 2331-1 (*anc. art. L. 439-1, I*) relatif à la constitution du comité de groupe a inopportunément déplacé les mots « *situé sur le territoire français* » de sorte que le périmètre du groupe semble inclure les filiales étrangères.

► Pénalisations et dépenalisations intempestives

- Pénalisations? Le grief est plus sérieux : le nouveau Code du travail aurait introduit des

incriminations ou sanctions pénales qui n'existaient pas auparavant.

Le fait de se soustraire à « *l'obligation périodique de négociier* » tous les trois ans un accord de GPEC est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € (*C. trav., art. L. 2243-1*). Néanmoins, ce texte renvoie à l'article L. 2242-1 qui ne vise pas la négociation triennale sur la GPEC et parle d'ailleurs d'une obligation de négociier « *chaque année* ». Auparavant, l'infraction figurait à l'ancien article L. 153-2 renvoyant à l'ancien article L. 132-27 du Code du travail. Elle aurait disparu (*en sens exactement contraire, D. Guillouet et M. Desgranges, in JCP Éd. S 2008, Étude, p. 1267 : l'absence d'engagement de la négociation sur la GPEC serait désormais pénalement sanctionnée alors qu'elle ne l'était pas*).

Une incertitude similaire plane sur la sanction pénale de l'obligation de négociier simultanément sur l'emploi des séniors : est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € le fait de se soustraire aux obligations prévues, notamment, à l'article L. 2242-19, relatives au « *contenu de la négociation annuelle obligatoire* » (*C. trav., art. L. 2243-2*). Or, cette négociation (couplée avec celle sur la GPEC dans les entreprises de 300 salariés) est triennale.

En l'occurrence, le principe de légalité des délits est plus malmené qu'il n'y paraît puisque – signe de la confusion dans laquelle est plongée le droit pénal du travail – il s'avère difficile de déterminer si un comportement est ou non sanctionné pénalement ! Pire que la pénalisation ou la dépenalisation clandestine, il y a la pénalisation incertaine.

- Dépenalisation.

Il n'en demeure pas moins inadmissible que des codificateurs dépenalisent certaines infractions.

Ainsi, l'article L. 1155-2 ne réprime plus la violation de l'article L. 1152-2 (interdisant les mesures discriminatoires à l'encontre du salarié qui a refusé de subir un harcèlement moral ou qui a témoigné de tels agissements), au contraire de l'ancien article L. 152-1-1 (*renvoyant à l'anc. art. L. 122-46*).

36. E. Dockès, « *La décodification du droit du travail* », *Dr. soc.* 2007, p. 388.



### **C**ONCLUSION : LE CODE DU TRAVAIL A-T-IL ÉTÉ REFAIT À DROIT CONSTANT ?

La question ne se pose pas en droit ; en morale, peut-être. Puisqu'il est question de constance, c'est une affaire de confiance, comme la fidélité dans le couple (où l'on ne se pose pas ce genre de question, sauf au jour où la réponse apparaît à l'évidence négative...).

En droit, c'est une affirmation qui s'impose, une règle de droit : la codification est intervenue à droit constant. On ne sait si c'est vrai ou si c'est faux mais cela importe peu : on ne veut pas savoir ; on l'affirme.

Il n'empêche que des corrections sont nécessaires ; comme on corrige ses enfants : pour leur bien. ■



# L'interprétation des dispositions du nouveau Code du travail<sup>1</sup>

Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I

« Est-il sérieux d'avancer l'idée que la fonction du langage n'est pas entièrement identique dans les différentes parties d'un système juridique?... le choix des mots est un acte politique du législateur. »

G. Lyon-Caen, « Le langage en droit du travail » in *Les mots de la loi, Economica*, 1997, p. 1

Placer cette communication sous le regard de Gérard Lyon-Caen n'est pas anodin. L'auteur nous rappelle en effet – s'il en était encore besoin – que le « *juridique est politique* »<sup>2</sup>. Il est dans le choix des mots du législateur, il l'est dans leur interprétation, il l'est en bout de processus dans l'application de la norme. Pour s'en tenir à la question de l'interprétation, il faut se souvenir avec Amselek qu'« *au centre de l'expérience juridique* », elle occupe une « *place de choix... liée à l'ontologie même du droit* »<sup>3</sup>. Au point qu'il est possible d'affirmer qu'il n'y a pas de droit sans herméneutique juridique. C'est l'interprétation des mots du droit dans une approche diachronique (ce qu'ils étaient et ce qu'ils sont désormais) et synchronique (ce qu'ils sont aujourd'hui dans leur nouveau contexte littéral ou structurel) qui donne à la matière son dynamisme tout comme elle garantit son caractère évolutif. Elle engendre nécessairement une forme d'insécurité, tout comme l'acte de marcher n'est en définitive qu'une suite de déséquilibres provisoirement rétablis. Quiconque refuserait le déséquilibre de la marche se condamnerait inéluctablement à l'immobilité.

Mais il y a plus. En effet, pas plus que le choix des mots par l'auteur de la norme (légale ou réglementaire, unilatérale ou négociée, conventionnelle ou contractuelle), pas plus que la technique comme le rappelait R. Encinas de Munagorri<sup>4</sup>, l'interprétation n'est un acte apolitique. En premier

lieu, parce qu'il n'y a pas d'interprétation juridique sans projet. En deuxième lieu, parce que toute interprétation juridique s'inscrit dans une dimension dialectique consubstantielle à la matière. En troisième et dernier lieu, parce que l'histoire du droit – et tout spécialement l'histoire du droit du travail – imprègne de ses conflits non seulement les normes mais aussi le regard que l'on porte sur elles ainsi que sur leur agencement. Or, c'est de ce regard rétrospectif et prospectif que procèdent le désir et le besoin d'interprétation.

La difficulté d'appréhender le travail – car il s'agit bien d'un travail – d'interprétation tient possiblement au fait que les juristes finissent par le pratiquer comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. Sans le savoir. Sauf lorsque, praticiens du droit et plus spécialement du procès, ils s'engagent dans un conflit d'interprétations. D'où peut être le fait que dans les réponses au questionnaire « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* », les « difficultés » d'interprétation semblent peu distinguées des interrogations portant sur le respect du « *droit constant* ». Réfléchir à la question de l'interprétation conduit à tenter de lui donner une identité en la dégagant de notions sinon perturbatrices, au moins susceptibles d'entrer en résonance avec elle. Cette délimitation ne saurait cependant faire oublier que l'action d'interpréter s'ancre dans l'épaisseur humaine d'un interprète qui poursuit des objectifs qui peuvent être professionnels, scientifiques, militants et dans des ●●●

1. Mes plus vifs remerciements vont aux chercheurs du centre René Demogue de l'université Lille 2 (Mathilde Caron, Audrey Gougeon, Céline Régulski et Dorothee Simonneau) pour les débats, parfois passionnés, toujours passionnants, auxquels la question de l'interprétation du Code du travail a donné lieu.

Le propos qui suit leur doit énormément.

2. Pour reprendre la formule de J.J. Gleizal (*Le droit politique de l'État*, PUF, 1980, p. 12), l'auteur se place dans une perspective marxiste mais sa remarque ne perd rien de sa pertinence dans une approche autre que marxiste.

3. P. Amselek, *L'interprétation à tort et à travers in Interprétation et droit*, Bruylant et PUAM, 1995, p. 11 ; Coll. *L'interprétation en droit-approche pluridisciplinaire* (dir. M. Van de Kerchove), Publ. Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1978 ;

4. *Qu'est ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social*, D. 2004, p. 711.

●●● savoirs préalables qui sont des savoirs théoriques, des savoirs d'expérience ou des savoirs d'action. Cet acte d'interprétation situé n'est par ailleurs pas suspendu dans un monde de purs concepts, il est acte de communication. Le destinataire du mot accompagné de son interprétation avec laquelle il finit par faire corps doit être directement pris en compte, ne serait-ce que parce que l'interprétation n'est provisoirement achevée que lorsqu'elle est reçue et non seulement lorsqu'elle est émise. Le destinataire de l'interprétation est-il le même que le destinataire du nouveau texte et pour nous aujourd'hui du Code du travail nouveau? Enfin, parmi les difficultés relevées et présentées comme liées à l'idée d'interprétation, deux sont suffisamment archétypales pour mériter un examen spécifique : ainsi de l'emploi du mot « employeur » en lieu et place de ceux de « chef d'entreprise » ou de « chef d'établissement » ; ainsi de l'usage de l'indicatif présent pour signifier une obligation. Le premier engendre de toute évidence ce que les spécialistes appellent un « bruit » dans la communication ; le second, dont le juriste se dit qu'il n'est qu'un faux problème, pose en réalité une vraie difficulté si on se souvient que le destinataire de la règle n'est pas d'abord le juriste (en sa qualité d'intermédiaire) mais le citoyen situé au sens où l'entendait Burdeau.

## 1 LES DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION RELEVÉES PAR LES RÉPONSES À L'ENQUÊTE « ÉVALUATION DU NOUVEAU CODE DU TRAVAIL PAR SES USAGERS »

### ► Jeux de mots

Interpréter. Le mot est emprunté au latin *interpretari* qui signifie « expliquer, éclaircir ou encore traduire » mais aussi du latin *interpretes-etis* qui renvoie à l'idée d'intermédiaire ou de lien entre deux parties. Selon le dictionnaire du Moyen Français<sup>5</sup>, le verbe « interpréter » semble avoir trois sens principaux : celui d'expliquer [quelque chose] de commenter ou de rendre compréhensible, celui de traduire d'une langue dans une autre et enfin de représenter quelque chose. Depuis lors, les dictionnaires reprennent dans leur ensemble les trois volets de la définition tout en les affinant progressivement. C'est ainsi que le Trésor de la langue française informatisé (TLFI)<sup>6</sup>, outre l'em-

ploi du verbe dans le champ artistique, retient le sens ancien de « traduire »<sup>7</sup> avant d'envisager deux extensions : la première, au demeurant recueillie en droit, se réfère à l'action d'expliquer et de rendre compréhensible ce qui est compliqué ou ambigu ; la seconde conduit à définir l'interprétation comme le fait de donner un sens personnel à un acte ou à un fait, quitte à déformer la réalité le plus souvent dans un sens plutôt défavorable. Si certains auteurs comme le linguiste français Michel Bréal, fondateur de la sémantique, estiment que dans le mot « interpréter », le radical n'est pas « pre » signifiant « connaître » mais plutôt « pre » qui renvoie au *prix* (*pre-tium* du latin) et en déduisent que l'« *interpres* » est donc un mot de la langue du commerce caractérisant un courtier, il n'en demeure pas moins que le verbe transitif implique l'idée d'un passage et d'une communication entre deux langues ou entre deux idées<sup>8</sup>.

Au fond, même à jouer sur le mot (lire *interpréter*) sans s'inquiéter de la pertinence de l'étymologie, on en viendrait rapidement à rejoindre l'approche la plus scientifique. Prêter, c'est donner provisoirement<sup>9</sup>, donner sa voix à des mots comme l'interprète d'une chanson, donner du son à des signes, passer d'un son à un autre. Traduire encore et venir par là sur le terrain du droit, si l'on en croit François Ost qui voit dans la traduction le paradigme pour penser un monde pluriel, post-babélien, un paradigme dont le domaine juridique constitue un champ d'action privilégié. Quant au préfixe « *inter* » (« *entre* »), il rappelle qu'il n'y a d'interprétation que dans un espace et un projet de communication. Enfin, si l'on se souvient que l'une des traductions vers l'anglais du verbe « interpréter » est « *to construe* », qui signifie « analyser, expliquer », on insistera sur le fait que l'interprète n'est pas un « *crieur public* » ou un répétiteur mais qu'il construit, le plus souvent rationnellement lorsque l'objet de l'interprétation est un texte, un sens à partir du mot ou d'un ensemble de mots<sup>10</sup>.

### ► Présentation

Sous les numéros « 8 » et « 9 », le questionnaire d'évaluation interrogeait les destinataires de l'enquête sur les « difficultés d'interprétation liées à la nouvelle rédaction des articles ». Les réponses disponibles permettent de construire un florilège de

5. Dictionnaire du Moyen Français (1330-1500) consultable sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL)  
6. Accessible via le CNRTL, op. cit.  
7. Tout comme le Dictionnaire de l'Académie, 4<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> Éd.  
8. Que l'on retrouve par ailleurs dans l'action de traduire, v. sur le paradigme de la traduction en droit, F. Ost, *Le droit comme traduction*, PUL 2009 ; du même auteur, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, 2009  
9. C'est aussi offrir du crédit... et recevoir la convivence avec le négoce...!  
10. La question de l'herméneutique juridique est à la source de publications scientifiques nombreuses et anciennes dont il est impossible de rendre compte de façon exhaustive dans le cadre de la présente communication. V. M. Troper, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, v. *Interprétation* ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, v. *Interprétation juridique*, v. *Interprétative (Analyse)*. J.-L. Bergel, « Méthodologie juridique », PUF, 2001, p. 231 et s., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3<sup>e</sup> Éd., 1999, n° 229 et s. ; M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p. 125 et s. ; E. Millard, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2006, p. 87 et s., B. Frydman, G. Haarscher, « Philosophie du droit », Dalloz 1998, p. 56.

ces « difficultés » telles qu'elles sont perçues par les « répondants »<sup>11</sup> : la disparition d'un mot ou d'un texte, le changement d'un mot, ou encore le déplacement d'un texte, son éclatement ou sa fusion avec une autre disposition sont autant de sources identifiées de difficultés.

L'exemple le plus net et relevé à plusieurs reprises de disparition d'un texte concerne la possibilité pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de recourir à un expert en nouvelles technologies. L'article L. 236-9 du Code du travail (ancien) donnait au CHSCT le droit de recourir à un expert agréé après constatation d'un risque grave ou en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène, de sécurité ou les conditions de travail<sup>12</sup>. Le III du même texte envisageait par ailleurs l'hypothèse où le comité d'entreprise (ou d'établissement) recourait à un expert en nouvelles technologies et prévoyait alors que si le CHSCT souhaitait un complément d'expertise, il lui fallait faire appel au même expert. Le nouvel article L. 4612-9 du Code du travail envisage la consultation du CHSCT en cas d'introduction de nouvelles technologies mais l'article L. 4614-12 n'évoque plus le recours à l'expert en nouvelles technologies. De là à en déduire que cette possibilité est désormais exclue, il n'y a qu'un pas que certaines réponses au questionnaire mettent en évidence. Plus important sans doute est le fait que l'argument sera de toute évidence utilisé, même si l'on imagine aisément qu'en la matière la référence au droit constant permettra d'y répondre efficacement.

La disparition d'un mot dans un texte engendre elle aussi des difficultés d'interprétation d'ampleur variable. Certaines de ces difficultés sont réelles, d'autres procèdent d'une erreur d'interprétation antérieure que la nouvelle formulation rend impossible. Au titre des premières figurent l'abandon de la référence à l'origine en matière de marques syndicales<sup>13</sup>, la disparition de la référence à l'établissement dans l'article L. 2242-1 du Code du travail, l'oubli de l'adverbe « éventuellement » dans le nouvel article R. 2323-37<sup>14</sup> ainsi que l'abandon de la référence aux dispositions réglementaires à l'article L. 2263-1<sup>15</sup>. Au titre de la seconde catégorie, la suppression de la locution adverbiale « le cas échéant » dans l'article L. 4132-4 du code apparaît emblé-

matique. Il faut se souvenir que lorsqu'un membre du CHSCT constate une cause de danger grave et imminent, il dispose d'un droit d'alerte conduisant l'employeur ou son représentant à diligenter une enquête et, en cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, à la saisine de l'instance de représentation elle-même. Si le désaccord persiste, l'inspecteur du Travail est saisi immédiatement par l'employeur ou son représentant. Jusque-là, la recodification n'a rien changé au dispositif antérieur<sup>16</sup>. Dans sa formulation antérieure à la recodification, l'article L. 231-9 du Code du travail disposait que l'inspecteur du travail ainsi saisi mettait « en œuvre le cas échéant<sup>17</sup>, soit la procédure de l'article L. 230-5<sup>18</sup> soit celle de l'article L. 231-5<sup>19</sup>, soit celle de l'article L. 263-1<sup>20</sup> » ; or la locution « le cas échéant » a disparu dans la nouvelle formulation résultant de l'alinéa 2 de l'article L. 4132-4 du Code du travail. Certains répondants à l'enquête s'en sont émus estimant que le recodificateur avait réduit la marge de manœuvre de l'inspecteur remplaçant par une obligation ce qui était auparavant une faculté mais aussi un pouvoir propre. C'était méconnaître le véritable sens de l'expression « le cas échéant » ou plutôt l'interpréter selon une erreur commune tendant à y voir un synonyme d'« éventuellement ». En fait, « le cas échéant » signifie « si le cas se présente » et par conséquent sa suppression ne modifie en rien la règle antérieure qui déjà obligeait l'inspecteur du Travail à mettre en œuvre l'une des mesures visées.

Le changement d'un mot<sup>21</sup> ou d'une locution peut apparaître anodin mais n'en ouvre pas moins des espaces nouveaux à l'interprétation dans la mesure où le droit est en permanence travaillé de l'intérieur par des logiques argumentatives. Ce qui importe n'est donc pas le caractère substantiellement anodin de la modification mais bien l'utilisation de cette dernière dans une argumentation. Ainsi, lorsqu'à propos du harcèlement moral, l'article L. 1152-1 du Code du travail vise la « dégradation de ses conditions de travail » alors que l'article L. 122-49 ancien évoquait « des conditions de travail », la modification peut paraître mineure et de pure forme. Elle n'en véhicule pas moins une nette individualisation du phénomène.

Le déplacement d'un texte est de nature à provoquer le déclenchement d'un travail ●●●

11. Précaution méthodologique : il s'agit ici de partir des « difficultés d'interprétation » telles qu'exprimées par les répondants.

12. J.-B. Cottin, *Le CHSCT*, Ed. Liaisons 2007, n° 289.

13. Le nouvel article L. 2134-1 du Code du travail ne mentionne plus l'origine parmi les éléments certifiables par l'apposition d'une marque ou d'un label (comp. art. L. 413-1 anc.).

14. À propos de l'approbation des comptes du comité d'entreprise par le commissaire aux comptes mentionné à l'article L. 2323-8 du Code du travail.

15. V. aussi la comparaison des articles L. 1227-1 du nouveau Code et L. 152-7 à propos des secrets de fabrication. Seul auparavant était visé le salarié de l'entreprise où il était employé ; la précision ne figure plus au nouveau texte.

16. Le long article L. 231-9 du code étant simplement fractionné en trois articles : L. 4132-2 à L. 4132-4.

17. C'est nous qui soulignons.

18. Mise en demeure par le directeur départemental du Travail sur avis de l'inspecteur.

19. Mise en demeure en présence d'une infraction aux articles L. 232-1 et L. 233-1 du Code du travail.

20. Saisine du juge des référés pour voir ordonner toute mesure propre à faire cesser un risque, etc.

21. V. aussi la modification de l'article R. 4228-20 qui vise non plus les boissons alcooliques mais les boissons alcoolisées.

●●● d'interprétation en raison de la modification du *contexte* (*con-texte* : ce qui entoure le texte, ce qui est avec le texte). C'est ainsi que le déplacement des règles relatives au droit du licenciement économique vers le droit du licenciement, s'il présente un intérêt du point de vue du rapprochement des dispositions organisant la rupture du contrat de travail, a en même temps un effet d'ordre idéologique. Il décollectivise le phénomène et le dissocie de la question de l'emploi. De même, lorsque la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences « glisse » du Livre III [ancien] relatif à l'emploi vers la deuxième partie du code [nouveau] et son Livre II consacré à la négociation collective, il est permis d'y voir une volonté de mise en cohérence à partir du point d'ancrage du droit de la négociation collective. Il n'en demeure pas moins que ce déplacement n'est pas totalement neutre sur le plan de l'interprétation s'il est vrai que toute interprétation d'un texte doit intégrer le paramètre de la place de ce texte dans l'ensemble normatif de rattachement. Une remarque similaire pourra être faite à propos de la fusion de certaines dispositions ou au contraire (le cas est plus fréquent dans la recodification) dans l'éclatement d'un texte.

Ce constat appelle deux remarques provisoires. La première consiste à mettre en évidence qu'il y a dans l'identification des difficultés d'interprétation une forte subjectivité liée au statut (notamment professionnel) du locuteur, à son histoire, voire pourquoi s'en cacher à son option idéologique. Il n'y a à cela rien de critiquable, tant il est vrai qu'une part non négligeable de l'interprétation en droit est commandée par la volonté d'emporter la conviction du destinataire du discours. La seconde remarque conduit à relever que le processus dialectique d'interprétation est naturel et consubstantiel à la matière juridique.

## ► Premières analyses : de la diversité linguistique au lissage de la langue

Dans un article publié en 1997, G. Lyon-Caen<sup>22</sup> met en évidence l'existence de deux phénomènes linguistiques qui lui paraissent à l'époque caractériser le Code du travail. Le premier tient à la place réservée au « langage ordinaire » : à la différence du « droit civil [...] plus abstrait, plus technique »<sup>23</sup>, le « droit du travail, désirant vraisemblablement coller plus au réel, utilise les mots de tous les jours,

rendant le passage par les professionnels moins indispensable ». Le second phénomène concerne, au-delà de la technicité du vocabulaire, la diversité des styles constatée selon les livres du code. Si le Livre I<sup>er</sup> est écrit dans le langage du droit civil puisque le contrat et la convention y dominent, le Livre II emploie la langue de l'ingénieur<sup>24</sup>, le Livre III use du « style de la thérapie sociale »<sup>25</sup>, le Livre IV est écrit dans la langue du droit politique<sup>26</sup>, le Livre V « le plus éloigné du réel »<sup>27</sup> est relatif au conflit<sup>28</sup>, le Livre VII est marqué par le langage des métiers (le « plus ancien discours sur le travail »), enfin le Livre IX<sup>29</sup> s'attire les foudres du Professeur Lyon-Caen (« le ratage langagier est à la mesure du ratage conceptuel et normatif. Il est creux, verbeux, ligneux »<sup>30</sup>)<sup>31</sup>. Cette diversité linguistique pouvait fort bien constituer un obstacle à l'approvisionnement du code par ses utilisateurs mais révélait en même temps à l'analyste la dimension historique de la production des normes du travail. La recodification change sur ce point la donne.

En effet, indépendamment des objectifs de lisibilité et d'accessibilité assignés par le législateur aux acteurs de la recodification, celle-ci opère mécaniquement un certain « lissage » des styles, gommant en partie leur historicité<sup>32</sup>. L'effet propre à l'emploi d'une langue plus proche de celle de la vie courante est par ailleurs renforcé par le caractère linéaire d'un travail de réécriture par définition limité dans le temps.

## 2 (RE)CODIFICATION, SIMPLIFICATION ET INTERPRÉTATION

### ► Simplifier le droit [du travail]

Le débat sur la (re)codification est, me semble-t-il, largement pollué par le développement d'une certaine vulgate sur la « simplification » du droit. L'histoire législative la plus récente nous montre l'efflorescence de lois de « simplification du droit » (2004, 2007, 2009) toutes aussi illisibles les unes que les autres<sup>33</sup>. Le projet politique ne peut, en première analyse, que susciter l'adhésion. Une fois dépassée l'impression première, le doute s'installe. S'agit-il de remplacer le lexique technique par des mots de la langue de tous les jours ? S'agit-il de modifier la grammaire et les structures des textes ? La recodification nous montre que rien n'est moins

22. G. Lyon-Caen, « Le langage en droit du travail », in *Les mots de la loi*, Economica, 1997, p. 1.

23. *Ibid.*

24. Y sont rassemblées les règles relatives aux lieux de travail.

25. G. Lyon-Caen, précit., p. 1 (le Livre III est alors celui consacré à l'emploi).

26. Il porte principalement sur les groupements professionnels et sur la représentation du personnel.

27. G. Lyon-Caen, précit., p. 2.

28. L'auteur n'invoque pas à son propos l'existence d'un style particulier.

29. Consacré à la formation professionnelle.

30. G. Lyon-Caen, précit., p. 2.

31. Pour mémoire, le Livre 6 est alors consacré au contrôle de l'application des normes et le Livre VIII rassemble les dispositions spéciales aux départements d'outre-mer.

32. Sur l'histoire du code, v. les analyses de G. Couturier; adde *Cahiers de l'IRT (Aix Marseille II)*, n° 14-2006 : Histoire du Code du travail.

33. La complexité du droit (l'envers de sa simplicité) serait un « mal français »; v. J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française 2009. L'idée que la simplification du droit pourrait résulter d'une modification des mots ou de la syntaxe révèle surtout une profonde méconnaissance du phénomène juridique.

simple et que l'emploi de mots issus du vocabulaire courant, voire même la scission de phrases ou de paragraphes, ouvrent des espaces au travail d'interprétation. L'application de la norme juridique au fait, l'interprétation inéluctable du texte qui en résulte, l'articulation normale des principes et de la respiration des exceptions introduisent inéluctablement de la complexité. Si la simplification consiste simplement à réduire le volume de la réglementation alors l'observateur ne peut s'empêcher de remarquer que le code après la recodification n'a pas vu son volume diminuer. Surtout, il constate avec inquiétude et en même temps amusement qu'il en va de la simplification et de la suppression de normes comme de la bombe dans *La Java des bombes atomiques* de Boris Vian. L'efficacité de la bombe dépend de l'endroit où elle tombe et la simplification-suppression ne prend son sens véritable que si l'on s'intéresse de près à ce qui est supprimé. En réalité, le problème d'aujourd'hui est moins la complexité que l'accumulation de normes et le manque de sérieux dans leur élaboration : amendements glissés en catimini auxquels le ministère ne réagit pas, amendements « faire valoir » ou ces « cavaliers » s'insinuant discrètement dans un texte au détour d'un alinéa. Avant d'être une pratique, la « simplification » du droit est aujourd'hui avant tout un discours qui, tout comme le discours magique, oscille entre performativité et incantation. En d'autres termes, la recodification, pour utile qu'elle soit, ne s'inscrit pas naturellement dans l'illusoire démarche de simplification car on voit mal qui s'arrogerait le droit de mettre fin à la pratique interprétative, consubstantielle à celle du droit.

Interpréter, c'est en effet réintroduire de la complexité pour au moins trois raisons<sup>34</sup>. La première est que le droit, tout comme le travail sur le droit, est imprégné par le langage et les jeux de langage. La seconde raison nous est rappelée par Umberto Eco lorsqu'évoquant la traduction, il signale qu'elle consiste à « dire presque la même chose »<sup>35</sup>, le mot important étant ici l'adverbe « presque », signifiant « à peu près ». Ce qu'il dit de la traduction me paraît pouvoir être transposé à l'interprétation. Or, la vie du droit s'inscrit dans ces espaces ou ces déplacements, parfois minimes, de sens. La troisième raison est plus encore liée à la pratique du droit. En effet, toute interprétation d'un texte

(juridique), sollicité ou non dans un procès, s'inscrit dans un projet argumentatif; en d'autres termes, le texte est nécessairement mis en tension dans le débat qui s'instaure. Cette mise en tension produit des effets différents selon l'élasticité propre du texte en cause, mais produit toujours des effets. L'histoire du droit est émaillée d'inventions juridiques résultant d'un travail d'interprétation appliqué à un texte dont pas un seul mot n'a changé<sup>36</sup>.

Ce constat conduit irrémédiablement à s'interroger sur les rapports qu'entretiennent la démarche d'interprétation et la référence au « droit constant »<sup>37</sup>.

## ► Interprétation et droit constant

Le caractère incantatoire de la référence au droit constant me paraît avoir quelque chose de suspect et mérite d'être passé au crible de la critique. Le discours consistant à invoquer la méconnaissance du droit constant comporte, me semble-t-il, deux dimensions : la première est idéologique (ou si l'on préfère métaphysique), la seconde est juridique, les deux dimensions pouvant au demeurant se combiner selon les dosages variés. La dimension idéologique de la critique de la recodification faite au nom du droit constant trouve son point de départ dans le postulat qu'elle répondrait à un objectif de déconstruction clandestine du Code du travail et surtout du droit du travail dans un sens défavorable aux intérêts des travailleurs. On sait trop avec quel talent les opinions sur ce point ont eu l'occasion de s'exprimer pour que je m'abstienne d'y ajouter à quelques deux années de distance. Sauf à relever qu'il s'agit là d'opinions dont le seul critère de validité est à rechercher dans l'honnêteté intellectuelle de ceux qui les portent. La dimension juridique de la critique conduit, quant à elle, à comparer terme à terme la formulation originale à la formulation nouvelle de la règle, tout en tenant compte des changements de place de ladite règle dans la structure générale du code.

Le droit constant est d'abord, faut-il le rappeler, une exigence posée par le législateur lui-même<sup>38</sup> dans le processus de recodification. Néanmoins, examinée au prisme de l'interprétation, cette exigence prend une nouvelle tonalité. Comme la simplification du vocabulaire, ainsi que le signale une réponse à l'enquête qui sert de base à nos travaux, la pratique interprétative est de nature

34. Faut-il rappeler ici l'ampleur de la réflexion menée depuis des siècles sur l'interprétation (d'une façon générale) et sur l'interprétation juridique ? Parmi les dernières publications, il faut signaler la passionnante et tout à fait remarquable thèse de F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, Th. Nancy, 2007, LGDJ 2009.

35. U. Eco, *Dire presque la même chose*, [2003], Grasset, 2006 (Réédit. Livre de poche, Essais).

36. L'interprétation de l'article 1384 du Code civil offre une image saisissante du phénomène.

37. Sur le droit constant, v. la communication de P. Morvan et les références citées. V. aussi N. Ferrier, à propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail : une pierre dans un « jardin à la française », D 2008, p. 2011.

38. Sur ce point, v. P. Morvan, supra.

●●● à « enrayer » (au sens balistique du terme) le droit constant. Pour le mesurer, il faut se souvenir d'une part, comme le rappelle François Ost, que le sens « clair » d'un texte n'existe pas en soi mais ne se dévoile que recontextualisé, et d'autre part qu'interpréter ce n'est ni rechercher l'intention d'un acteur (ou d'un auteur), ni expliquer le sens d'un texte, d'un mot ou d'une expression, ni surtout « qualifier »<sup>39</sup>.

Interpréter un texte, c'est, partant d'un travail de décryptage des signes qui le constitue, en reconstruire le sens. Plus le mot appartient au langage courant, plus la sphère des interprétations possibles s'étend. Ainsi, lorsque le mot est un mot d'un langage spécialisé, non maîtrisé par le récepteur, celui-ci n'interprète rien mais peut tout au plus exprimer une incompréhension. Pour ne prendre qu'un exemple tiré du Code du travail, un ingénieur comprendra d'emblée la définition de la « *quasi-machine* » donnée par l'article R. 4311-6 du Code du travail, là où la visualisation de l'équipement en cause demandera un effort spécifique au juriste. Le travail d'interprétation sur la notion de « *quasi-machine* » reste borné par des considérations techniques (*a fortiori* lorsque, par exemple, un texte fixe des valeurs limites d'exposition<sup>40</sup>); on mesurera aisément la différence avec l'emploi dans de nombreux textes de la notion d'« avantages », qui est un mot de la langue courante et qui est de nature à provoquer, dans l'esprit des destinataires de la règle, des images et des représentations qui peuvent s'avérer extrêmement diverses. En d'autres termes, l'usage des mots du langage courant dans le contexte du droit constitue un véritable piège à concepts.

On considère habituellement que la pratique de l'interprétation de textes, qu'ils soient juridiques ou non, comporte trois dimensions. Une dimension littérale qui s'attache aux mots eux-mêmes, une dimension systémique qui intègre les paramètres du contexte et une dimension fonctionnelle qui prend en compte la finalité du texte (plus que le but poursuivi par l'auteur du texte, quoique la différence ne soit pas toujours aisée à mettre en évidence). Selon les époques et selon les écoles, les trois dimensions ne sont pas nécessairement représentées à parts égales. Néanmoins, même les approches les plus littérales, exégétiques ou positivistes, ont besoin d'utiliser des métarègles

d'interprétation (ou encore des directives d'interprétation<sup>41</sup>). Envisagé sous cet angle et non plus seulement comme une règle légale s'imposant au « *recodificateur* », le recours au droit constant peut s'analyser comme une règle méthodologique à destination de l'interprète, à la condition de ne pas enfermer l'exigence dans une règle de contenu. À vrai dire, il est d'ailleurs permis de se demander si, au stade de l'interprétation-application du droit, l'impératif de droit constant peut être une règle de contenu en raison de la plasticité des mots et du fait qu'ils ne sont en définitive que des vecteurs de communication.

## 3 INTERPRÉTATION ET COMMUNICATION

Opération intellectuelle, l'interprétation est un mouvement qui va du texte au texte, du discours au discours, par la médiation de l'interprète. Il n'y a donc interprétation que dans un contexte communicationnel où l'acteur de l'interprétation est lui-même situé par son histoire propre, les connaissances dont il dispose, la fonction qui est la sienne ainsi que par les objectifs qu'il poursuit. C'est peu de dire, sur ce dernier point, que l'acte d'interprétation du juge n'est pas celui de l'avocat. L'émetteur du message, son destinataire et le media (l'interprète) sont des acteurs situés, l'oublier c'est se condamner à ne rien comprendre de la vie du droit et c'est développer une vision du droit du travail totalement éthérée, angélique ou démoniaque, mais toujours déconnectée du réel. Pour qui donc est fait le Code du travail nouveau? Pour les utilisateurs : du moins est-on en droit de l'espérer.

Mais de quels utilisateurs parle-t-on? Du destinataire final : le travailleur, le chef d'entreprise, les représentants du personnel et les groupements professionnels? Des intervenants dans la mise en œuvre contentieuse du droit? Du juge? Pour le premier, l'interprétation présente une certaine ambivalence en ce qu'elle est à la fois un outil argumentatif et un facteur d'insécurité. Pour les seconds, plaideurs, avocats et délégués syndicaux défenseurs, l'interprétation des textes ouvre un espace d'argumentation. La recodification conduit naturellement à étendre ces espaces en raison notamment de la modification des mots employés

39. P. Amssek, *L'interprétation à tort et à travers*, loc. cit.

40. Lorsque l'article R. 4451-12 dispose que « la somme des doses efficaces reçues par exposition externe et interne ne doit pas dépasser 20 mSv [millisievert] sur douze mois consécutifs », le quantum de la dose n'est pas susceptible d'interprétation, la définition du Sievert faisant l'objet d'une convention scientifiquement établie et acquise par les spécialistes de la radioactivité.

41. C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation la plus littérale ou exégétique va utiliser des règles de « collision » de normes : ainsi du « principe » en droit selon lequel la règle spéciale primerait sur la règle générale portant sur le même objet. Sur ces questions, v. R. Sève, « Philosophie et théorie du droit », Dalloz, 2007.

et du changement de place de certaines dispositions. En effet, à l'interprétation antérieure vient s'ajouter une nouvelle opportunité d'instrumentalisation liée à la différence entre les formulations successives des textes<sup>42</sup>. En d'autres termes, la recodification peut conduire à des phénomènes de surinterprétation. Pour le juge enfin, l'interprétation, toute cantonnée qu'elle soit par le nécessaire respect de la loi, est au cœur de l'adjudication et de la construction de la décision juridictionnelle<sup>43</sup>, tout comme elle constitue le moteur de toute construction jurisprudentielle<sup>44</sup>.

En réalité pour tous ces acteurs du droit du travail, l'interprétation apparaît consubstantiellement liée à l'impératif de communication de la règle au point que l'on peut voir dans l'interprétation elle-même un acte de communication. Si tel est le cas, les conventions de langage adoptées lors du processus de recodification jouent un rôle déterminant dans la réception de la nouvelle formulation des règles. On s'arrêtera sur deux d'entre elles pour se demander si parfois, en droit comme ailleurs, l'enfer n'est pas pavé de bonnes intentions.

## 4 DES CONVENTIONS DE LANGAGE DIFFICILES À PARTAGER

Parmi les conventions de langage qui semblent engendrer chez les destinataires le plus d'interrogations et de critiques, l'emploi de l'indicatif présent et l'utilisation du mot « employeur » permettent de mettre en évidence des difficultés propres à l'interprétation.

### ► Un présent de l'indicatif qui dérange

L'emploi du présent de l'indicatif en lieu et place de verbe déontique et de préférence à un futur qui aurait pu être perçu comme particulièrement agressif se donne à voir, en première analyse, comme plus neutre, voire comme plus aseptisé. Il est par ailleurs spécialement audible dans un contexte où un discours déontique dans lequel l'emploi trop fréquent du verbe ou du substantif « devoir » vous range d'emblée dans la catégorie des rétrogrades infréquentables. Tout juriste, même débutant, sait que ce présent de l'indicatif a souvent la valeur prescriptive d'un impératif<sup>45</sup>. Pourtant, son emploi engendre ici deux types de difficultés. La première

résulte du fait que parmi les textes recodifiés, certains utilisent un indicatif-prescriptif<sup>46</sup>, d'autres un indicatif-descriptif, le contexte de l'utilisation permettant seul de faire la différence. La seconde tient à la dimension communicationnelle du texte et de son interprétation. Les destinataires de cette dernière ne sont pas tous des juristes rompus à la logique juridique; l'emploi de l'indicatif présent engendrera nécessairement de l'inquiétude (du bruit dans la communication) s'il est traduit mentalement en termes de faculté et non d'obligation.

### ► Où donc est passé le « chef d'entreprise » ?

Parmi les innovations langagières problématiques ou qui semblent avoir alerté les utilisateurs du Code du travail ayant répondu à l'enquête, l'utilisation quasi systématique du mot « employeur » de préférence à d'autres expressions et spécialement à l'emploi du vocable « chef d'entreprise » vient en bonne place. Les implications de ce changement en droit pénal du travail sont analysées par ailleurs<sup>47</sup>, aussi se contentera-t-on ici de quelques remarques. On peut imaginer sans peine que le mot « employeur », aisément compréhensible et évocateur pour tout salarié, plus moderne, correspond mieux à la réalité contemporaine du monde du travail. Il serait dès lors préférable à l'expression « chef d'entreprise » qui a à son passif le fait de comporter le mot « chef ». Peut-être. On ne peut s'empêcher cependant de relever qu'il est en soi porteur d'une conception individualisée du rapport de travail. L'employeur n'est-il pas avant tout le contractant dans le colloque singulier du contrat de travail? Et puis, employeur est un mot moins dur que celui de chef d'entreprise, ce qui dans le contexte euphémistique dominant n'est pas pour déplaire. Pourtant, le mot a pour regrettable effet de gommer la dimension collective et institutionnelle de l'entreprise sans, me semble-t-il, permettre un gain important en termes de clarté ou de lisibilité.

### ► Pour conclure sans conclure

Chacun a sans doute encore à l'esprit l'âpreté du débat (doctrinal) qui a suivi la mise en place du nouveau Code du travail<sup>48</sup> et en d'autres lieux l'évocation du « massacre du Code du travail »<sup>49</sup> ou de la « tornade patronale sur le Code du travail »<sup>50</sup>. Des textes à relire aujourd'hui... et le lecteur conclura à sa guise. ■

42. Ainsi de la possibilité contestée au CHSCT de recourir à un expert en nouvelles technologies.

43. V. R. Sève, précit. n° 214 et s.

44. M. Van de Kerchove, « La Doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit*, Publ. FU Saint-Louis, Bruxelles, 1978, p. 13 et s.

45. C. trav., art. L. 4121-1 : « L'employeur prend les mesures nécessaires... »

46. V. par ex., C. trav., art. L. 1235-3 al. 2 « Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie... »

47. V. sur ce point, la communication d'A. Coeuret.

48. E. Dockès, « La décodification du droit du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 388;

Ch. Radé, « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* 2007, p. 513;

J.-D. Combexelle et H. Lanouzière, « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 517;

v. aussi A. Lyon-Caen et A. Fabre, « Le nouveau Code du travail », *Dalloz*, 2008.

49. G. Filoche, *Libération* 23 novembre 2007

50. G. Filoche, *Le monde diplomatique*, mars 2008. V. aussi l'interview consultable sur *Dailymotion*.

# Nouveau Code du travail et frontières du salariat

Jean-Yves Kerbourc'h, Professeur à l'Université de Nantes

L'édition 1970 du Code du travail Dalloz qui faisait partie de la collection des « *Petits Codes Dalloz* » (10,5 cm x 15 cm) comportait déjà une mise en garde ainsi libellée : « *L'ensemble du droit du travail n'étant pas encore groupé en un code unique, bien qu'il en soit toujours question et que le besoin s'en fasse de plus en plus sentir, cette édition demeure divisée en deux parties : l'une relative aux textes codifiés, l'autre aux textes non codifiés* » (300 pages pour la première partie et 1 000 pages pour la seconde).

Trois ans plus tard, une nouvelle codification entra en vigueur. Certains textes non codifiés le furent. Le volume du code et des articles eux-mêmes augmentèrent considérablement, cette tendance étant depuis soutenue par le rythme effréné de l'activité du Parlement et du pouvoir réglementaire. Toutes les matières furent affectées par cette inflation, notamment le droit de l'emploi, la formation professionnelle, la représentation et la négociation collective.

Le code avait donc certainement besoin d'être refondu. Adoptée par voie d'ordonnance (*ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008*), la codification de 2008 fut toutefois strictement encadrée par les lois d'habilitation. L'article 84-I de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 n'a autorisé le gouvernement à adapter la partie législative du Code du travail que pour « *inclure les dispositions de nature législative qui n'[avaient] pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification* ». La loi ajoutait que ces dispositions codifiées étaient « *celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes*

*ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet* » (*art. 84-II*). Reprenant ces dispositions, la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 précisa que cette adaptation devait être faite « *à droit constant* » (*art. 57-I*).

Selon le directeur général du Travail « *La notion de "droit constant" implique [ait] de ne créer aucun droit ni aucune sujétion supplémentaire, de ne réduire aucune obligation. Cette règle a été respectée avec la plus extrême rigueur. Toutes les propositions de nouvelles rédactions ont été soumises à l'examen des rapporteurs de la CSC [Commission supérieure de codification], du groupe des experts ainsi que des partenaires sociaux, lesquels ont veillé à ce que les travaux de recodification n'aboutissent à aucune dénaturation. Toute proposition de rédaction nouvelle sujette à caution a systématiquement été abandonnée* » (*J.-D. Combrexelle, « Présentation du nouveau Code du travail », 29 avr. 2008*).

Il est toutefois permis de se demander si l'erreur du législateur n'a justement pas consisté à vouloir recodifier « *à droit constant* » sans résoudre préalablement ou concomitamment les problèmes de fond que posent non seulement le Code du travail mais aussi à travers lui le droit du travail. C'est paradoxalement parce que la révision de forme du nouveau Code est une réussite que ses défauts de fond deviennent plus criants. Or, forme et fond sont inéluctablement liés lorsque l'on s'intéresse aux champs d'application du droit du travail.

Aujourd'hui, la situation se résume ainsi :

– le Code du travail est loin de régir tous les cas dans lesquels un travailleur accomplit un travail pour autrui moyennant une rémunération. De très nombreux rapports de travail en sont exclus, par exemple le travail indépendant et la fonction publique qui rassemblent plusieurs millions de travailleurs ;



– pour autant, certaines règles du droit du travail indépendant et du droit de la fonction publique figurent dans le Code du travail, de sorte qu'il ne s'agit pas seulement d'un Code du travail salarié ;

– le nouveau Code du travail est loin de contenir toutes les règles du droit du travail salarié. De nombreuses règles sont codifiées dans le Code de commerce, dans le Code de l'action sociale et des familles, dans le Code de la sécurité sociale, dans le Code de la propriété intellectuelle. La réforme de 2008 a d'ailleurs transféré certaines dispositions dans ces codes ;

– assez curieusement, 168 articles des parties législative et réglementaire de l'ancien Code du travail ont été maintenus en vigueur sans être intégrés au nouveau code et ne sont donc plus codifiés, sauf à considérer que l'ancien code serait toujours partiellement en vigueur (*ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, art. 13; D. n° 2008-244, 7 mars 2008, art. 10*) ; d'autres textes n'ont jamais été codifiés ;

– enfin, tout le Code du travail ne s'applique pas à tous les salariés, certains étant exclus de certaines dispositions.

On voit donc que le nouveau Code du travail ne contient pas toutes les règles du droit du travail. On voit aussi que si le nouveau code est bien un Code du travail salarié, il est également à certains égards un code dont certaines dispositions s'appliquent à des non-salariés. Or, le nouveau code n'a pas résolu les problèmes de frontières qui restent flous. Il les a même parfois exacerbés. Les uns relèvent du champ d'application matériel du code, les autres de son champ d'application personnel.

## 1 LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU CODE DU TRAVAIL

Le codificateur s'est heurté à de nombreuses incertitudes quant à l'étendue des règles applicables lorsque certains articles ont dû être réécrits en 2008. Par ailleurs, il n'a pas cherché à remédier à la dispersion des règles, ce qui aurait nécessité une réflexion de fond incompatible avec les lois d'habilitation lui imposant de codifier « à droit constant ».

### ► Incertitudes quant à l'étendue des règles applicables

On sait que le législateur applique à certains professionnels énumérés dans la septième partie du Code du travail tout ou partie des dispositions de ce code. Le nouveau code a le plus souvent accentué l'incertitude du champ matériel des règles applicables.

C'est le cas des gérants non salariés des succursales de magasins d'alimentation de l'article L. 782-7 de l'ancien code qui prévoyait que les gérants non salariés bénéficiaient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale sans énumérer limitativement ces avantages. Cette imprécision a été renforcée par le nouveau code qui a purement et simplement supprimé ces dispositions. Ce texte est devenu l'article L. 7322-1 qui renvoie à un chapitre qui comprend un article L. 7321-1 qui lui-même détermine les droits applicables. Or, malgré le principe selon lequel la recodification devait être faite à droit constant, cet article L. 7321-1 a été modifié et dispose, non plus que « *les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, sous réserve des dispositions du présent titre* », mais que « *les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre* ». Ceci signifie que la nouvelle rédaction aurait conduit à ce que les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire ne bénéficient plus du Code du travail, mais seulement des droits qui leur étaient conférés par le titre II de la septième partie édictant des dispositions particulières à certaines professions et activités.

En se référant, dans quatre arrêts du 8 décembre 2009, à « *l'article L. 782-7, recodifié L. 7322-1 du Code du travail* », la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence antérieure à la recodification qui faisait une large application aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire des dispositions du Code du travail (*Cass. soc., 8 déc. 2009, nos 08-43.158, 08-44.022, 08-40.991, 08-42.089, RJS 2010, n° 222*). Au demeurant, une réponse ministérielle s'était d'ores et déjà prononcée dans ce sens (*Quest. Ass. nat. n° 19266, J.-J. Candelier, Rép. 9 juin 2009, n° 5672*). ●●●

●●● Dans le même ordre d'idée, les employés de maison qui sont pourtant des salariés par détermination de la loi ne bénéficient pas de l'intégralité du Code du travail. L'article L. 772-2 de l'ancien code prévoyait que les dispositions d'un certain nombre d'articles de ce code leur étaient applicables. Mais la Cour de cassation avait jugé que la liste de ces textes n'était pas limitative (*Cass. soc. 19 nov. 2003, RJS 2003, n° 270*). Dans la nouvelle codification, l'article L. 7221-2 du Code du travail dispose désormais que sont « seules » applicables les dispositions citées, ce qui semble devoir mettre un terme à la jurisprudence de 2003. Cette modification a été insérée par la voie d'un amendement n° 47 au Sénat, par l'article 3, 123° de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007. La Sénatrice Adeline Gousseau justifiait cet amendement (soutenu par le ministre du Travail) par l'incertitude que laissait peser la nouvelle codification sur l'applicabilité des dispositions relatives à la durée du travail aux employés de maison : « *Les dispositions relatives à la durée du travail ne s'appliquent pas aux employés de maison. La recodification a respecté ce principe en précisant dans l'article L. 7221-2 la liste des dispositions applicables à ces salariés, laquelle ne contient pas celles qui sont relatives à la durée du travail. Toutefois, afin de lever toute difficulté d'interprétation, compte tenu du champ d'application très large du nouvel article L. 3111-1, nous proposons d'ajouter le mot "seules" au premier alinéa de l'article L. 7221-2* » (*Déb. Sénat, 26 sept. 2007, p. 3381*). Le législateur a ainsi lui-même contrevenu à la règle qu'il avait fixée au pouvoir exécutif de recodifier à droit constant.

## ► Une consolidation ignorant certains travailleurs

On voit ainsi qu'il était techniquement voire politiquement possible de procéder à des révisions de fond en clarifiant le champ d'application matériel du code. Mais il aurait fallu porter sur ce code un regard neuf en prenant conscience qu'il est non seulement un Code du travail salarié mais aussi un code de l'activité professionnelle.

Il aurait ainsi été envisageable de créer une partie dans laquelle auraient été consolidées toutes les dispositions relatives aux travailleurs indépen-

dants, quitte à les répéter lorsqu'elles s'appliquent également aux travailleurs salariés. C'est déjà le cas du Livre VI du Code de la sécurité sociale, entièrement consacré aux « *Régimes des travailleurs non salariés* ».

Or, il faut « chiner » dans le Code du travail pour y trouver les règles relatives aux travailleurs indépendants. C'est le cas des dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité : les travailleurs indépendants doivent mettre en œuvre, vis-à-vis des autres personnes intervenant sur un chantier comme d'eux-mêmes, un certain nombre de principes généraux de prévention édictés par le Code du travail (*C. trav., art. L. 4535-1*). Les travailleurs indépendants sont inclus dans l'effectif à prendre en compte pour constituer le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (*C. trav., art. L. 4532-10*).

En matière de formation, les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et des professions non salariées, y compris ceux n'employant aucun salarié ainsi que leur conjoint collaborateur ou leur conjoint associé, bénéficient personnellement du droit à la formation professionnelle continue (*C. trav., art. L. 6312-2, al. 1*). Les périodes d'activité salariée peuvent être prises en compte pour l'acquisition de certains droits en qualité de non-salarié. C'est ainsi que les travailleurs non salariés qui suivent une formation agréée par l'État ou les régions perçoivent une rémunération s'ils ont exercé une activité professionnelle salariée ou non salariée pendant au moins douze mois dont six mois consécutifs dans les trois années précédant leur entrée en stage (*C. trav., art. L. 6341-8*). Ils doivent verser chaque année une contribution pour le financement de leur formation (*C. trav., art. L. 6341-48*). Les non-salariés agricoles ont également accès à la formation professionnelle continue mais les règles qui s'y rapportent sont codifiées dans le Code rural (*C. rur., art. L. 718-2-1, D. 718-16 et D. 718-17*). Les non-salariés de la pêche et des cultures marines ont pareillement droit à la formation professionnelle continue (*C. trav., art. L. 6331-53*) ainsi que les artisans (*C. trav., art. L. 6331-54*).

En matière de travail dissimulé, les travailleurs indépendants sont soumis au Code du travail,

notamment en cas de dissimulation d'activité. Le travail dissimulé par dissimulation d'activité se définit comme l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui se soustrait intentionnellement à ses obligations en matière d'immatriculation ou de déclaration aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale (*C. trav.*, art. L. 8221-3).

La recodification a donc manqué l'occasion de s'intéresser aux questions d'articulation du travail salarié et du travail non salarié dans le champ d'application matériel du Code du travail. Nous allons voir qu'il aurait pu en être de même dans le champ d'application personnel de ce code.

## 2 LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU CODE DU TRAVAIL

Si, comme nous venons de le constater, il est gênant de ne pas savoir quelles sont les règles applicables à certains travailleurs ou s'il faut partir à leur recherche car elles sont dispersées, l'opération inverse est encore plus délicate : ne pas pouvoir déterminer qui sont les personnes à qui s'appliquent certaines dispositions. Même « à droit constant », le nouveau code a exacerbé ces situations soit en intégrant dans le Code du travail des règles qui n'y figuraient pas, soit au contraire en faisant migrer dans d'autres codes certaines dispositions tout en maintenant d'autres.

### ► Le rattachement au Code du travail de règles dispersées : le cas du spectacle vivant

La décision a été prise de codifier des dispositions qui jusqu'alors ne l'étaient pas. C'est le cas des règles régissant les entreprises de spectacles vivants de l'ordonnance n° 45-2335 du 13 octobre 1945 codifiées aux articles L. 7122-1 et suivants. Observons que le Code du travail régit déjà le statut d'un certain nombre d'activités commerciales : les entreprises de travail temporaire, les agents artistiques, les agences de mannequins, etc. La décision de codifier le statut des entrepreneurs de spectacles n'est donc pas originale.

Mais en intégrant « à droit constant » l'ordonnance du 13 octobre 1945 dans le Code du travail, le codificateur a juxtaposé dans la septième partie des règles qui se révèlent être antinomiques sur le fond (une antinomie qui préexistait mais que l'on découvre plus nettement). On ne sait désormais plus faire la distinction entre un artiste salarié, un artiste indépendant et un entrepreneur de spectacles qui peut être artiste lui-même.

Le Code du travail prévoit en effet que ce code s'applique aux artistes du spectacle, sous réserve de certaines dispositions particulières (*C. trav.*, art. L. 7121-1). Plus précisément, il dispose que le contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail (*C. trav.*, art. L. 7121-3). Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération, ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties, même s'il est prouvé que l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, qu'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé ou qu'il emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle (*C. trav.*, art. L. 7121-4).

L'article L. 7121-3 prévoit que la présomption joue « dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité qui fait l'objet de ce contrat dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce », ce qui signifie *a contrario* que la présomption tombe si l'artiste exerce son activité dans des conditions qui impliquent cette inscription. En outre, la présomption de salariat prévue à l'article L. 7121-3 ne s'applique pas aux artistes reconnus comme prestataires de services établis dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen où ils fournissent habituellement des services analogues et qui viennent exercer leur activité en France, par la voie de la prestation de services, à titre temporaire et indépendant (*C. trav.*, art. L. 7121-5).

Lorsque l'artiste est entrepreneur de spectacles (donc une activité exercée par une personne physique), les dispositions de l'ordonnance du 13 octobre 1945 nouvellement codifiées prévoient que la licence d'entrepreneur ne peut être ●●●

●●● délivrée qu'après inscription au registre du commerce et des sociétés (*C. trav.*, art. L. 7122-4). En application de l'article L. 7121-3, la présomption de contrat de travail tombe donc.

Mais par ailleurs, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 codifiée dans la huitième partie du nouveau code (« *Contrôle de l'application de la législation du travail* ») crée également une présomption de travail indépendant pour « *celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* » (*C. trav.*, L. 8221-6-1). Cette présomption de travail indépendant est renforcée par l'édiction d'une présomption de non-qualification de contrat de travail dans l'exécution d'une activité donnant lieu à immatriculation ou inscription pour les personnes physiques relevant de l'article L. 123-1-1 du Code de commerce que sont les autoentrepreneurs (*C. trav.*, art. L. 8221-6 I, 4°). Nombre d'artistes sont donc incités par leurs donneurs d'ordre à adopter un statut d'autoentrepreneur, certains d'entre eux prenant une licence d'entrepreneurs de spectacles (obligatoire au-delà de six spectacles par an).

Néanmoins, le Code du travail prévoit que l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les autoentrepreneurs (notamment) fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination permanente à l'égard de celui-ci (*C. trav.*, art. L. 8221-6, II).

Il devient ainsi de plus en plus difficile de déterminer le régime applicable aux artistes tant l'entrelacs des présomptions et non-présomptions est compliqué. En voulant rassembler ces règles, le nouveau code en révèle finalement le désordre conceptuel.

## ► La dispersion des règles dans plusieurs codes

Dans un mouvement inverse de celui précédemment décrit, le nouveau code transfère dans d'autres codes les règles applicables à certains statuts. Mais le Code du travail reste partiellement applicable. C'est ainsi que les dispositions sur les assistants maternels ont migré dans le Code de l'action sociale et des familles qui régit déjà le

statut de cette profession (*CASF*, art. L. 423-1 s.). Or, nombre de dispositions du Code du travail s'appliquent toujours au contrat de travail des assistants maternels auxquelles renvoient certains articles du Code de l'action sociale et des familles. Il en est de même des dispositions relatives au contrat de vendange, aux chantiers forestiers et aux travaux en hauteur dans les arbres qui ont été transférées dans le Code rural dont le Livre VII contient les règles applicables aux salariés agricoles. Il faut donc non seulement s'habituer à manipuler deux codes mais aussi s'interroger sur l'application distributive des règles du Code du travail.

Dans un autre domaine, le statut des enseignants non permanents des établissements d'enseignement supérieur privé qui se résumait à un seul article de l'ancien Code du travail qui autorisait la conclusion d'un contrat de travail intermittent (*C. trav.*, art. L. 786 ancien) a été transféré dans le Code de l'éducation (*C. éduc.*, art. L. 731-18).

Ce transfert de règles s'est parfois accompagné de réécritures qui touchent au fond, ce qui prouve que la recodification n'a pas été faite « *à droit constant* ». C'est le cas du statut du conjoint salarié du chef d'entreprise transféré de l'article L. 784-1 de l'ancien Code du travail à l'article L. 121-4 du Code de commerce. L'ancien article L. 784-1 était ainsi rédigé : « *Les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance.* » Cet article a été purement et simplement abrogé. L'article L. 121-4 du Code de commerce n'envisage plus que les différents statuts pour lesquels le conjoint peut « *opter* » (selon la terminologie du Code de commerce), dont notamment le statut de conjoint salarié. Le texte ne définit plus le conjoint salarié et laisse à penser que ce statut peut être « *choisi* » librement. Et il n'est plus fait mention de l'applicabilité du Code du travail.

Une telle dispersion brouille le champ d'application personnel du Code du travail. Le phénomène n'est pas nouveau. C'est ainsi que l'article L. 5142-1 du Code du travail prévoit que la

personne physique liée par un contrat d'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'une activité économique, dans les conditions prévues à l'article L. 127-1 du Code de commerce, bénéficie des dispositions de la quatrième partie du Code du travail relative à la santé et à la sécurité au travail ainsi que des dispositions relatives aux garanties de ressources du travailleur privé d'emploi. Cette personne bénéficie également des dispositions du régime général de la sécurité sociale. Le statut du créateur ou du repreneur d'entreprise qui conclut un contrat d'appui au projet d'entreprise est donc à la fois régi par le Code du travail et par le Code de commerce.

Il en est de même du travail temporaire dans les trois fonctions publiques. Aux termes de l'article 21 de loi n° 2009-972 du 3 août 2009, les personnes morales de droit public peuvent faire appel aux salariés de ces entreprises pour des tâches non durables dans un certain nombre de cas limités par le Code du travail (*C. trav., art. L. 1251-60 et s.*). Il s'agit de règles dérogatoires à celles applicables aux employeurs du secteur privé. En outre, le Code du travail n'est pas intégralement applicable à la

relation de travail que nouent la personne publique et le travailleur intérimaire. C'est ainsi que les litiges relatifs à une mission d'intérim opposant le salarié et la personne publique utilisatrice gérant un service public administratif sont portés devant la juridiction administrative (*C. trav., art. L. 1251-63*).

En définitive, la recodification a eu un intérêt pratique incontestable. Mais l'essentiel était sans doute ailleurs, dans cette occasion manquée de s'interroger sur ce que doit être le droit des relations de travail au XXI<sup>e</sup> siècle et sur le statut des travailleurs. Or, nous venons de voir que ce statut était de moins en moins lié à la nature du contrat conclu par l'intéressé. Le droit du travail s'applique partiellement aux indépendants alors que le droit du travail peut ne pas s'appliquer intégralement à certains travailleurs salariés. Cette distribution des règles du droit du travail montre que toute œuvre de codification ne peut être qu'imparfaite. Ce faisant, le nouveau Code du travail rend plus incertaines encore les frontières du salariat et montre qu'on ne pourra pas se passer d'une réflexion et d'une révision de fond. ■

# La réécriture des champs d'application du Code du travail

Paul-Henri Antonmattei, Professeur à l'Université Montpellier I

Michel Morand, Professeur associé à l'Université d'Auvergne, Avocats associés, J. Barthelemy et Associés

« **L**a carte et le territoire. » Voilà un titre, celui du dernier roman de Michel Houellebecq, que seraient tentés d'emprunter (évidemment pour d'autres raisons) ceux qui se sont vus assignés par Lise Casaux la mission de visiter le nouveau Code du travail à la recherche des champs d'application. Armés du nouveau plan du code (la carte), nous voilà, en définitive, conduit à déterminer le territoire du Code du travail.

La démarche n'est pas fréquente car on croit instinctivement connaître le territoire du Code du travail. Traités et manuels ne consacrent pas ou peu de lignes au sujet, laissant au lecteur l'impression que le territoire du droit du travail se confond avec celui du Code du travail. On sait pourtant qu'il n'en est rien. Il n'y a pas un champ d'application du Code du travail mais des champs d'application. Le domaine du Code du travail n'est pas totalement celui du droit du travail. D'autres codes, qui se sont trouvés enrichis par la migration de certains articles du Code du travail à l'occasion de cette recodification, irriguent le droit du travail, tout comme le Code du travail irrigue d'autres disciplines que le droit du travail.

Si le pluriel est de rigueur pour discuter du sujet, il n'exprime pas toutes les facettes du sujet. L'expression « *champ d'application* » ne sert pas, en effet, à déterminer l'application géographique des dispositions du Code du travail. Les dispositions relatives à l'outre-mer font désormais l'objet d'un livre particulier placé à la fin de chaque partie. D'autres codes du travail, comme celui de la Nouvelle-Calédonie présenté dans le présent colloque par Nadège Meyer, complètent l'édifice

législatif et réglementaire de notre territoire national.

Les justifications de la recodification ne pouvaient épargner les champs d'application tant les rédactions étaient trop différentes et souvent peu compréhensibles. La difficulté de la mission a été avouée : « *Sans trahir les secrets des débats ni de la procédure, c'est sans doute la question de la définition de ces champs d'application qui a fait le plus de difficulté, tant la crainte partagée par tous était de restreindre l'application du Code du travail par des reformulations hasardeuses* » (Ch. Radé, « *Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière* », *Dr. soc.*, 2007, p. 513, spéc. p. 514). Elle est aisément compréhensible. Reste à juger le résultat obtenu.

Une telle démarche impose de ne pas se tromper de débat. Une chose est, en effet, de discuter de la technique de recodification, une autre est de vérifier le travail réalisé à la lumière du modèle de recodification retenu. Aussi faut-il systématiquement se souvenir des exigences de la recodification : une recodification à droit constant n'empêchant pas des modifications rendues nécessaires notamment par la cohérence rédactionnelle des textes conjugée à l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle de droit.

## 1 HARMONISATION

C'est bien à la lumière de ces éléments qu'ont été réécrits les champs d'applications : « *Les nombreux champs d'application, source de nombreuses interrogations, ont été harmonisés et écrits de sorte*

à lever toute ambiguïté sur leur portée » (J.-D. Combrexelle et H. Lanouzière, « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517, spéc. p. 520).

La quête d'harmonisation conduit à retenir une disposition ramassée pour le domaine naturel du Code du travail : « Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. » Aux longues listes de structures concernées est donc préférée une nouvelle notion : l'employeur de droit privé. L'harmonisation n'est cependant pas totale. On relève des variantes discutables : « les dispositions du présent chapitre sont applicables dans les entreprises et établissements privés de toute nature... » (*C. trav.*, art. L. 1233-1). Par ailleurs, certains champs d'application sont trop liés à des thèmes particuliers pour reprendre cette formule. Ainsi en est-il du champ d'application des dispositions relatives aux salariés protégés (*C. trav.*, art. L. 2411-1).

L'harmonisation est moins nette pour le secteur public. Certes, une disposition revient plus souvent que les autres : « Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel. » Mais on relève encore une quinzaine de formulations différentes. Cette situation n'est cependant pas surprenante car, pour le secteur public, il faut organiser une application distributive du Code du travail.

## 2 CONSÉQUENCES SUR LES CHAMPS D'APPLICATION

Si la justification des réécritures n'appelle pas de longs commentaires, les conséquences du travail réalisé ont été plus discutées. La violente polémique autour de la recodification n'a pas épargné les champs d'application. Exemples : « De nombreux livres ou titres commencent par une partie relative à leur champ d'application. Ce qui fait un total de vingt-cinq titres ou chapitres consacrés au champ d'application. L'exercice est évidemment porteur de répétitions, le Code du travail ayant, pour l'essentiel, un champ d'application unique. La préférence a été accordée à la redondance, plutôt qu'à l'adoption d'un article de principe, sur le champ

d'application du Code du travail. Et cette lourdeur ne s'explique pas par le souci de respecter l'exigence d'un droit constant : les textes sur le champ d'application ne sont pas de simples reprises de l'ancienne version, ils sont souvent modifiés et même parfois créés à partir de rien. Il ne semble pas non plus qu'il s'agisse d'une simple maladresse. Ce choix ouvre la porte à un code à application variable, selon les catégories de salariés. Déjà, certaines variations dans la définition des champs d'application inquiètent » (E. Dockès, *Dr. soc.*, 2007, p. 391).

Réponse de l'un des experts : « Contrairement à ce qui a pu être écrit, le code actuel ne s'applique pas de manière homogène et multiplie au contraire les champs d'application différents définis à l'aide de listes d'hypothèses particulières qui rendent l'ensemble totalement incompréhensible. Il suffira à notre collègue de prendre le temps de comparer les articles consacrés aux champs d'application des différents livres pour s'en convaincre, voire des différents chapitres au sein d'un même livre... » (Cb. Radé, *précit.*).

Même si la notion d'employeur de droit privé peut donner lieu à de belles discussions, il faut bien reconnaître que la formule exprime de manière plus satisfaisante le champ d'application naturel du Code du travail. Elle n'est pas porteuse de danger. On a certes pu relever qu'avec cette formule, un comité d'entreprise n'échappe pas à l'obligation de mettre en place en son sein un comité. Mais qui pouvait légitimement en douter ? Faut-il craindre un transfert de la responsabilité pénale du dirigeant vers la personne morale, qui est souvent l'employeur de droit privé ? Ce scénario est peu crédible.

## 3 RISQUES DE MODIFICATION

C'est, en réalité, la réécriture des champs relatifs au secteur public qui donne lieu à plus de discussion. Le sujet est plus sensible car le risque de modification est plus réel. Le travail de comparaison révèle des changements dont on ne parvient pas toujours à percevoir les raisons. On se rassure en constatant des champs identiques (règlement intérieur, égalité des rémunérations). On vérifie aussi que des changements de rédaction n'ont pas modifié certains champs. ●●●

●●● Mais pour les établissements publics ayant à la fois une activité administrative et une activité industrielle et commerciale, on ne peut que constater certaines différences. Ainsi, les établissements concernés par les dispositions relatives au droit syndical ou à la représentation du personnel devaient être définis par décret. Une telle exigence a disparu et si l'on observe de plus près la situation des chambres de commerce et d'industrie, il semble bien que cette situation ne soit pas fortuite. Répondant à un député, la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi écrit : « J'ai le plaisir de vous informer que vos interventions ont bien été prises en compte dans la refonte du nouveau Code du travail, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008.

*Le nouveau code intègre de droit les établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi que les établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé, dans le champ d'application de toutes ses dispositions relatives aux « relations collectives de travail » (deuxième partie) ou à la « santé et sécurité au travail » (quatrième partie). Les chambres de commerce et d'industrie relevant de la catégorie des établissements publics administratifs relèvent donc de ces nouvelles dispositions » (lettre du 29 juillet 2008).*

Cette même extension des champs par la disparition de l'exigence réglementaire pour « les établissements publics mixtes » concerne aussi le domaine de la santé au travail. Quant à celui de la négociation collective, la situation est plus confuse. L'article L. 2211-1 du Code du travail ne contient plus l'exigence réglementaire alors que dans l'article L. 2233-1 contenu dans le chapitre spécifique aux « conventions et accords conclus dans le secteur public », la détermination par décret des entreprises et établissements concernés est maintenue.

## 4 RÉÉCRITURE CONTROVERSÉE

D'autres champs suscitent de plus vives discussions. Ainsi, s'agissant du smic, l'ancien article L. 141-1 du Code du travail en renvoyant au premier alinéa de l'article L. 134-1 intégrait les entreprises publiques. Or, le nouvel article

L. 3231-1 ne concerne plus que le « personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial et le personnel de droit privé des établissements publics administratifs ». L'oubli ne devrait toutefois pas modifier le champ d'application de ces dispositions.

L'intéressement a aussi donné lieu à une vive controverse. Là où certains ont considéré qu'il y avait modification du champ d'application par intégration des établissements publics administratifs et exclusion des établissements publics mixtes (A. Sauret et J.-S. Lipski, « L'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise : l'impact de la recodification », *JCP S*, 2009, p. 1279), d'autres ont répondu que le champ était préservé sans altération (H. Lanouzière, « Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté », *JCP S*, 2010, p. 1165, n° 7 et s.).

Les dispositions relatives à l'intéressement s'appliquent aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics administratifs lorsqu'ils emploient du personnel de droit privé (C. trav., art. L. 3311-1).

La difficulté vient d'une rédaction maladroite de l'ancien article L. 441-1. Dans un avis en date du 8 novembre 1996 (*JO*, 7 janv. 1997; *LPA* 17 janv. 1997, concl. J.-C. Bonichot), le Conseil d'État a considéré qu'une DIRRECTE (ancienne DDTEFP) devait enregistrer un accord d'intéressement conclu par une chambre de commerce et d'industrie (CCI, établissement public à caractère administratif, EPA, à double visage), laissant ainsi penser que ce type d'établissement était dans le champ d'application de l'intéressement. Toutefois, dans les conclusions du commissaire du gouvernement, au sujet du champ d'application de l'intéressement, on lit : « nous dirions plutôt, mais sans être absolument certains, que les CCI ne sont pas, en tant qu'EPA qui peuvent gérer des services industriels et commerciaux, dans le champ des dispositions relatives à l'intéressement. »

La position de la Cour de cassation est plus tranchée : le renvoi fait à l'ancien article L. 134-1 exclut les CCI du champ d'application de l'intéressement, à défaut de décret les concernant (*Cass. soc.*, 11 mars 2003, n° 01-20.967 et *Cass. soc.*, 24 mars 2004, n° 02-14.575). C'est aussi la position prise par



une circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale.

À l'évidence, la réécriture du champ d'application permet aux EPA mixtes de mettre en place un accord d'intéressement. Demeure toutefois une incertitude quant au personnel concerné. S'agit-il de tout le personnel, agents publics compris, ou seulement des salariés affectés à l'activité industrielle et commerciale ?

Le caractère collectif de l'intéressement ne permet pas de répondre, puisque l'intéressement peut être réservé à un établissement de l'entreprise. En revanche, la généralité de la rédaction utilisée par le nouvel article L. 3311-1, « *EPA qui emploient du personnel de droit privé* », pourrait permettre de considérer que tous les personnels de l'EPA à double visage sont concernés (y compris les agents publics).

Telle n'est pourtant pas l'interprétation de Monsieur Lanouzière : « *cela ne signifie pas que le champ d'application de l'intéressement est étendu à l'ensemble du personnel de ce dernier, mais à son seul personnel employé dans les conditions de droit privé* » (H. Lanouzière, précit). Dans un domaine

où on a pu justement écrire que « *le sexe des anges n'est peut-être pas plus difficile à discerner que la nature juridique des EP* » (Concl. sous l'arrêt du Conseil d'État du 29 janv. 1965 « L'Herbier »), une clarification s'imposerait.

## 5 CONCLUSION

La critique est facile et l'art est difficile. L'art de « *recodifier* » est particulièrement délicat, n'en doutons pas, ce qui conduit à relativiser les critiques. Les exigences de cette recodification imposaient une réécriture des champs d'application du Code du travail : le résultat est dans l'ensemble satisfaisant et les tempêtes annoncées n'ont pas eu lieu. Il ne fallait pas trop attendre de cette recodification qui n'était pas destinée à corriger des maux plus profonds du droit du travail (complexités inutiles, insécurité juridique...). Mais il reste beaucoup à faire, ne serait-ce que pour satisfaire aux exigences constitutionnelles d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. ■

# Mobilis in mobile<sup>1</sup> : le Code du travail en mouvement

Nicole Maggi-Germain, Maître de conférences en droit privé, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Membre du laboratoire de recherche droit et changement social/MSH Ange Guépin, Nantes

L'histoire des hommes se lit aussi dans leur langue. La recodification du Code du travail s'inscrit d'abord dans un projet politique qui vise, en simplifiant la langue juridique, à favoriser l'accessibilité au droit. C'est dans ce but qu'a été créée, dès 1989, la Commission supérieure de codification. De nouveaux codes ont été adoptés (Code de la communication, Code général des collectivités locales, Code de l'environnement, etc.) ou sont sur le point de l'être (Code des transports), certains ont été réécrits (Code de commerce). La recodification du Code du travail s'est faite « à droit constant », c'est-à-dire en maintenant ce qui avait été établi antérieurement. Mais il s'agissait aussi, pour la Commission supérieure de codification, de procéder à la refonte d'un code devenu « difficilement lisible » et « très peu maniable »<sup>2</sup>. Curieuse alchimie que cette refonte à droit constant ! Des articles, parfois un chapitre ou même un titre entier, ont été déplacés au sein du même code ou, après abrogation, vers d'autres codes<sup>3</sup>. Bien que n'y figurant plus, certaines dispositions du Code du travail n'ont pas été reprises par un autre code, mais n'ont pas non plus été abrogées (dispositions relatives aux fonctionnaires). Elles demeurent en « suspension »...

Le Code du travail apparaît aujourd'hui en mouvement : à l'image de la Terre, animée d'un double mouvement de rotation et de révolution, le mouvement du Code du travail est double : en déplaçant des articles, le législateur a aussi parfois modifié la logique même du code. Comprendre le sens et la portée de cette recodification, essayer d'en saisir les effets juridiques suppose, en premier lieu, de se référer à la matrice : la codification.

De son origine latine, la notion de code renvoie à l'existence d'une référence commune : le nom

*caudex* désigne la souche, le tronc d'un arbre ; ce n'est que plus tard qu'il s'appliquera au recueil de lois (on écrit alors *codex*). En rapprochant des textes, en les liant pour leur donner sens, le travail de codification permet d'instituer des valeurs référentielles. Le Code d'Hammurabi ou les Douze Tables romaines, gravés sur des stèles de pierre, ont en commun non pas d'instituer un code qui comprendrait la totalité du droit privé, mais de substituer aux coutumes des lois écrites portées à la connaissance de tous et s'imposant. Leur portée est à la fois juridique, symbolique et politique.

Le travail de recodification a été un travail de remise en ordre de textes suivant une certaine logique. Il ne peut être analysé comme une simple opération technique, sans effet juridique et dénuée de portée symbolique : la recodification du Code du travail porte aussi en son sein une certaine représentation symbolique des relations de travail.

## 1 UN TRAVAIL D'ORDONNANCEMENT

Tant la codification que la recodification doivent être distinguées du travail d'interprétation qui vise à expliquer, traduire. Il ne s'est pas agi, pour l'administration, et plus particulièrement la direction générale du Travail (DGT) du ministère du Travail, chargée de l'élaboration et de l'application des textes législatifs et réglementaires, de codifier la jurisprudence. Bien que liées, codification et recodification constituent deux opérations intellectuelles distinctes. La codification consiste à trier, assembler, classer des textes. La recodification suppose de trier des textes mais également de les scinder, les fractionner, les extraire pour ensuite les classer. Ce classement s'effectue par rapport à des textes déjà ordonnés sui-

1. « En mouvement dans un élément mouvant ». Devise du Nautilus, « Vingt mille lieux sous les mers », Jules Verne.  
2. Commission supérieure de codification (2009), 19<sup>e</sup> rapport annuel 2008, La Doc. Fr., 102 p., p. 22.  
3. Art. 12 et 13, ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au Code du travail (Code minier, Code de l'action sociale et des familles, Code de l'éducation, code rural, Code des transports). V. Circ. DGT 2008/05, 8 avr. 2008.

vant une certaine logique. En déplaçant des articles, en réécrivant le plan du Code du travail, l'administration a opéré certains choix impliquant aussi de construire une nouvelle articulation à la fois logique et juridique.

## ► Scinder, fractionner, extraire

### Un (ré)ordonnement de catégories juridiques

Recodifier revient à établir une distinction ou à annihiler cette distinction en créant ou en recréant un ordonnancement de catégories juridiques auxquelles sont attachés des effets de droit. Ainsi, créer un nouveau deuxième alinéa au sein de l'article L. 6321-1 (*ancien art. L. 930-1, 1<sup>er</sup> al.*) permet de distinguer deux obligations : « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail* » (1<sup>er</sup> al.) et il « *veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* » (2<sup>e</sup> al.). Si la scission, au sein d'un même article, en deux alinéas permet, le cas échéant, au salarié de demander réparation de préjudices distincts, elle impose à l'employeur d'exécuter deux obligations en utilisant des moyens adaptés (N. Maggi-Germain, « *La capacité du salarié à occuper un emploi* », *Dr. soc.*, déc. 2009, p. 1234 à 1245).

Certains articles ont été fractionnés, leurs alinéas intégrés dans d'autres articles. Le premier alinéa de l'article L. 953-1 est devenu le premier alinéa de l'article L. 6312-2, codifié non plus dans les « *dispositions intéressant la participation des travailleurs indépendants au développement de la formation professionnelle continue* » (Titre V de l'ancien Livre IX), mais dans un chapitre II, « *Accès à la formation professionnelle continue* », figurant sous les « *Dispositions générales* » (Titre I<sup>er</sup>) du Livre III : « *La formation professionnelle continue* » de la VI<sup>e</sup> partie. Il faut voir dans cette migration une volonté claire de consacrer un droit d'accès à la formation, ouvert quel que soit le statut d'emploi. Les recodificateurs<sup>4</sup> rompent avec une approche du droit de la formation professionnelle continue historiquement construite autour des sources de financement permettant d'ordonner les articles en distinguant les bénéficiaires (salariés, travailleurs indépendants, demandeurs d'emploi).

Plus qu'ils n'entérinent certaines évolutions qui seraient portées par d'autres textes, ils traduisent une volonté affichée, notamment de l'Union européenne, d'ouvrir un droit à la formation professionnelle continue à l'ensemble des travailleurs.

Le travail de recodification a également consisté à extraire certains articles d'une partie du code pour les transposer dans une autre partie du même code. L'exemple peut être donné s'agissant des dispositions relatives à l'apprentissage qui basculent du livre premier de l'ancienne codification (« *Conventions relatives au travail* ») vers la sixième partie (« *La formation professionnelle tout au long de la vie* »). Faut-il voir dans ce « *décrochage* » une volonté de renforcer le caractère dérogatoire du contrat d'apprentissage ? De telles supputations mériteraient d'autant plus d'être étayées qu'il apparaît cohérent de rassembler, dans une même partie, des articles qui traitent de la formation professionnelle initiale (contrat d'apprentissage) et de la formation professionnelle continue (congé individuel de formation, droit individuel à la formation, contrat de professionnalisation, validation des acquis de l'expérience, etc.). L'utilisateur du Code du travail peut cependant légitimement s'interroger sur la portée de ces réécritures successives des intitulés du Livre IX, devenu la sixième partie. En supprimant du code la notion d'éducation permanente et en introduisant, sans débat sur le contenu, la notion de formation professionnelle tout au long de la vie<sup>5</sup>, le législateur<sup>6</sup> substitue un paradigme à un autre, transformant le cadre d'analyse conceptuel des articles en question.

Enfin, la recodification a donné lieu à des déplacements d'articles du Code du travail vers d'autres codes : le Code de transports s'agissant des dispositions applicables aux travailleurs du secteur des transports routiers, ferroviaires, maritimes et fluviaux, le Code de l'action sociale et des familles pour les assistants maternels et familiaux (*chap. III et IV, Titre VII, Livre VII, ancienne codification*), le Code de l'éducation (*C. trav.*, art. L. 421-25 relatif aux commissions d'hygiène et de sécurité dans les lycées d'enseignement technique et professionnel, *anc. art. L. 231-2-2; C. trav.*, art. L. 731-18 sur la conclusion de contrat de travail intermittent pour les établissements d'enseignement supérieur privé *anc. art. L. 786*), le Code ●●●

4. Nous englobons dans ce terme à la fois l'administration (notamment la DGT) et le législateur qui ont tous deux œuvré à la recodification.

5. Les deux termes sont proches dès lors qu'ils visent à englober la formation professionnelle initiale et continue. Ils se distinguent fondamentalement l'un de l'autre par les finalités qui y sont attachées : développement personnel pour l'un, occupation d'un emploi pour l'autre.

6. Loi Fillon du 4 mai 2004 (v. N. Maggi-Germain « Herméneutique juridique de deux "idées" portées par l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 et la loi du 4 mai 2004 : la formation tout au long de la vie professionnelle et le droit individuel à la formation », in *La formation tout au long de la vie*, dir. Y. Morvan, Actes du Colloque organisé par Rennes Métropole, 6 et 7 mars 2006, PUR, oct. 2006, 311 p., p. 103 à 114).

●●● minier (*C. trav.*, chap. I et II, Titre I<sup>er</sup>, Livre VII sur les conditions de travail, la santé et la sécurité des mineurs et relatives aux délégués mineurs – membres élus du personnel chargés d'inspecter les mines ou carrières pour y contrôler les conditions de sécurité ou d'hygiène), le Code rural<sup>7</sup> ou encore le Code du sport (*C. trav.*, art. L. 211-4 sur la rémunération des enfants de moins de 16 ans et *C. trav.*, art. L. 261-1 sur les sanctions pénales applicables).

Ce travail d'ordonnancement ou de réordonnancement est-il susceptible de créer de nouvelles catégories juridiques ? Dès lors qu'il suit une certaine logique, le travail d'assemblage d'articles du Code du travail ne peut être assimilé à un travail purement formel, non susceptible de produire des effets de droit.

### Un (ré)ordonnement qui suit une certaine logique

La recodification implique une succession d'opérations intellectuelles – trier, scinder/fractionner, extraire, classer –, fruit de certains choix. L'opération de classement, par exemple, ne se réalise pas *in abstracto* ou *ex nihilo*, mais par rapport à des textes déjà ordonnés. Ces choix opérés par le recodificateur ne sont pas neutres ; ils doivent être clairement identifiés.

Les grandes codifications-compilations du droit romain ont cherché à rassembler des textes mais également à asseoir l'Empire romain. Tant le Code théodosien, promulgué le 5 février 438 et « commandé » par l'empereur d'Orient Théodose II, que les compilations de Justinien qui, un siècle plus tard, constituent, en occident, la principale source de diffusion du droit romain à l'époque franque, visaient à rendre le droit plus clair et accessible aux seuls juges et juristes suivant un classement chronologique (J.-L. Thireau, « Introduction historique au droit », Flammarion, Champs Université, p. 88 et s.). La recodification du Code du travail répond à un objectif global de clarté et de simplification pour l'ensemble des usagers, professionnels ou simples particuliers, conformément aux objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi consacrés par le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 16 déc. 1999, n° 99-421, DC). La « logique "utilisateurs" (employeurs, salariés, délégués syndicaux, membres

des institutions représentatives du personnel) a été privilégiée pour l'élaboration du plan. Elle conduit à regrouper dans des blocs homogènes des dispositions jusqu'alors éparses. En outre, ajoutée au soin particulier accordé à l'intitulé des subdivisions, cette logique aboutit à un plan plus détaillé que l'actuel et facilite ainsi l'accès à la règle de droit » (« Le plan du code », ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, partie législative, JO n° 61 du 13 mars 2007, p. 4737 et s.). L'objectif est louable. Était-il réalisable à doit constant ?

La simplification souhaitée par le législateur et mise en œuvre par l'administration a été la réponse choisie face à ce que le Conseil d'État a identifié comme une « logique de la sédimentation » consistant « à prendre successivement des textes sur le même sujet sans réévaluation d'ensemble du dispositif » (CE, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapp. 2006, Études et documents n° 57, mars, La Documentation Française, p. 275). Mais c'est peut-être oublier que la « sédimentation » en droit du travail est le fruit d'une histoire sociale. Si la déclaration préalable à l'embauche figurait dans le Livre III (*placement et emploi* : art. L. 320 ancien code), c'est parce qu'elle a historiquement été conçue comme un outil de contrôle de l'emploi. En la transférant dans la première partie sur « Les relations individuelles de travail » (art. L. 1221-10 à 12), la recodification en modifie la nature.

Cette histoire sociale s'est construite sur la base de compromis. Elle se réfère à un ordre établi, transcendant les lois écrites, ce que les Grecs de l'Antiquité appelaient *nomos* (« Ordre éternellement établi, loi divine, loi éternelle »), qu'ils distinguaient des « lois écrites, établies » (*thémis*)<sup>8</sup>. L'unité intellectuelle du Code de travail est peut-être moins à rechercher dans sa cohérence rédactionnelle que dans l'histoire des luttes sociales et la volonté de compenser, par le droit, les inégalités de fait séparant les parties au contrat de travail. C'est ce que l'on retrouve indirectement exprimé dans l'article 2.1.3 de la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, intitulé « Maintien de l'unité des

7. Dispositions applicables aux salariés agricoles (congés payés, santé et sécurité, contrat de vendanges, syndicats professionnels, conflits collectifs, lutte contre le travail illégal).

8. Distinction présente dans le titre préliminaire (« Du droit et des Lois ») du projet de Code civil de 1800 : « Il existe un droit universel, immuable, source de toutes les lois positives » (P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris, tome II, 1827, p. 3).

grandes lois ». Il prévoit que « chaque fois que cela est possible, il vaut mieux privilégier un périmètre, un plan et une présentation qui maintiennent l'unité des grandes lois fondatrices d'un domaine du droit que les lecteurs utilisent de longue date sous cette forme » (Circ. Premier min., 30 mai 1996, relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JO 5 juin).

Travaillant à droit constant, le recodificateur doit bâtir une nouvelle architecture sans trahir l'esprit des lois, porter un projet politique sans dévoyer les textes. Vaste et complexe entreprise, véritable nœud gordien.

## ► Construire une articulation logique et juridique

### Définir le « périmètre »<sup>9</sup> du Code du travail

Le législateur, comme l'administration, ne se réfère pas au champ d'application du Code du travail mais à son « périmètre ». Faut-il tenir les deux termes pour équivalents ?

La notion de « périmètre du droit » n'a pas de fondement juridique. Elle désigne, chez les avocats notamment<sup>10</sup> (il existe, au sein du Conseil national des Barreaux, une commission « périmètre du droit »), le champ des activités de conseil juridique et de rédaction d'actes<sup>11</sup>. Elle témoigne surtout des effets de l'ouverture à la concurrence d'activités autrefois réparties au sein de professions réglementées. La détermination du « périmètre du droit » traduit ainsi la volonté de certaines professions de se positionner sur un « marché du droit »<sup>12</sup>.

Dans le rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, la question du « périmètre du nouveau code » est appréhendée à l'aune de son articulation avec les autres codes : « les difficultés ne tiennent pas tant à des chevauchements qu'à l'éclatement de dispositions entre plusieurs codes. Des choix de frontière ont donc dû être faits. » Les dispositions concernant certaines professions (assistants maternels, assistants familiaux et éducateurs et aides familiaux) ou certains secteurs d'activités (mines et carrières, agriculture, transport, fonction publique) ont vocation à sortir du Code du travail pour intégrer des codes spécifiques existants (Code de l'action sociale et

des familles, Code minier, Code rural), en voie d'élaboration (Code de l'énergie, Code des transports) ou projetés (Code général de la fonction publique). Suivant l'article 2.2.2 de la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, plusieurs principes doivent guider la fixation du périmètre d'un nouveau code : pas de « maxicodes » ni de « minicodes ; « pas de codes de ministères mais des codes de matières ».

Le foisonnement de différents codes ayant vocation à intervenir sur le thème de la réglementation des relations de travail conduit à un certain éclatement qui fait perdre de vue l'unité propre à un corpus de normes. Les principes directeurs régissant l'articulation entre le Code du travail et les autres codes ont été rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2007-561 du 17 janvier 2008 : « le législateur a entendu intégrer ou maintenir dans le Code du travail l'ensemble des dispositions de portée générale et déplacer, au demeurant de manière limitée, celles qui sont propres à certains secteurs d'activité ou catégories professionnelles dans les codes les régissant » (point 7). L'administration distingue ce qu'elle qualifie de « code pilote » et « code suiveur » : « Il peut être nécessaire de reproduire le même texte dans deux codes. Cette formule, qui doit être limitée au strict nécessaire pour éviter le risque d'enchevêtrement de codes, doit passer par une technique de reproduction sans erreur. Fréquemment, un code dit "suiveur" ne fera que reprendre, généralement en caractères italiques, pour l'information de l'utilisateur, les dispositions d'un autre code dit "pilote" : le lien entre les deux codes qui mentionnent la même disposition sera à la fois juridique et formel :

– juridique parce que la loi de codification aura précisé que « les dispositions du code de X, qui citent en les reproduisant des articles d'autres codes, sont modifiées de plein droit par l'effet des modifications ultérieures de ces articles » ;

– formel parce que la liaison entre disposition pilote et disposition suiveuse est exprimée par la mention suivante : « les règles relatives à... sont fixées par les articles... du code... ci-après reproduits ». Les dispositions ainsi reproduites le seront opportunément en italique. » (Circ. du 30 mai 1996, art. 2.3). L'article L. 423-2 du Code ●●●

9. Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Rapp. au président de la République relatif à l'Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative), JO n° 61, 13 mars 2007, p. 4737 et s.

10. V. A. Marter et T. Wickers, « Présentation du rapport de la commission périmètre du droit et Internet de la conférence des bâtonniers », Gazette du Palais, 2001, n° 353, p. 10 à 15.

11. T. Massart, « Le périmètre du droit et les travaux de la Commission Darrois », Les Petites affiches 13/02, 2009, n° 32, p. 7 à 12 ; « Le périmètre du droit, l'activité juridique accessoire et le droit de la concurrence », Les Petites Affiches 15/12, n° 249, p. 4 à 10. Également A. Audran, Thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Lorvellec, juill. 2000.

12. V., par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 02-11.743 (n° 434 F-PB), Conférence des bâtonniers c/Sic Sagec, note J.-F. Barbiéri (2005), « Défense du périmètre du droit : échec des avocats sur le terrain de la preuve de la rédaction d'actes publiés par un cabinet d'expertise comptable. Échec et mat ? », Bull. Joly des Sociétés, 1<sup>er</sup> août, n° 8, p. 938.

●●● de l'action sociale et des familles énumère ainsi les différentes dispositions du Code du travail relatives aux relations individuelles et collectives de travail applicables aux assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes de droit privé (dispositions relatives aux discriminations et aux harcèlements, à l'égalité professionnelle, la maternité et la paternité, l'adoption et à l'éducation des enfants, au contrat de travail à durée déterminée, à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail, aux syndicats professionnels, aux délégués du personnel et au comité d'entreprise, etc.).

Construire une articulation entre les différents codes implique, au préalable, de définir des champs de compétences entre les différents ministères mais également d'entretenir des « passerelles » entre les différents codes afin d'harmoniser leurs règles. Seule une coordination interministérielle peut, grâce à un travail de « maintenance »<sup>13</sup>, maintenir une telle cohérence. Encore faut-il que demeure, au sein de chaque ministère, une « mémoire » de la recodification. La disparition de la mission de codification instituée au sein de la direction générale du travail ne peut, de ce point de vue, qu'inquiéter. « Au demeurant, même lorsqu'une structure ou une personne est maintenue pour suivre les modifications du code, un toilettage des codes s'avère périodiquement nécessaire. Les modifications successives dont un code a pu faire l'objet doivent être consolidées, particulièrement pour les codes dont le périmètre est vaste et qui donnent lieu à de fréquentes modifications (Code général des collectivités territoriales, Code du travail, Code rural, Code monétaire et financier). Cette opération de consolidation a généralement lieu par ordonnance, s'agissant de travaux de légistique à caractère technique » (Commission supérieure de codification, 19<sup>e</sup> rapport annuel 2008, août 2009, *La Doc. Fr.*, p. 21). La disparition des corps spécialisés d'inspecteurs du travail (transports, agriculture, travail maritime), désormais rattachés au ministère du Travail, risque également de compromettre les possibilités de maintenir une telle cohérence<sup>15</sup>.

### Hiérarchie des normes, hiérarchie des codes

L'articulation entre les normes juridiques issues de différents codes dépend du champ d'application

des dispositions en question. L'article L. 5540-1 du Code des transports en cours de promulgation prévoit ainsi que : « Le Code du travail est applicable aux marins salariés des entreprises d'armement maritime et des entreprises de cultures marines, ainsi qu'à leurs employeurs, sous réserve des dispositions particulières et des dispositions d'adaptation ou d'exclusion prévues par le présent titre » (v. P. Chaumette, « De l'évolution du droit social des gens de mer. Les marins sont-ils des salariés comme les autres ? », *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2009, Université de Nantes, T. XXVII, p. 471 à 499). En cas de conflit de normes, la règle *specialia generalibus derogant* a vocation à s'appliquer. Mais qu'en est-il lorsque le texte spécial n'apporte pas sa propre solution (la loi spéciale étant exceptionnelle, elle doit être interprétée strictement et ses lacunes comblées par un appel au droit commun ; v. J. Carbonnier, *Dr. civ.*, 1994, PUF, T. 1, n° 107) ?

L'exemple du droit social maritime, aujourd'hui appelé à se fondre dans le Code des transports, peut apporter un éclairage pertinent. Un principe d'autonomie au regard du droit du travail a d'abord été posé par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1993 (*Cass. soc.*, 12 janv. 1993, *Port autonome de Bordeaux c/Vendier*, n° 89-45483 ; P. Chaumette, « L'autonomie du droit social maritime », *Dr. soc.* n° 5, 1993, p. 439 à 444) : se fondant sur les articles L. 742-1 du Code du travail<sup>16</sup> et 91, 1<sup>er</sup> alinéa du Code du travail maritime<sup>17</sup>, la Cour de cassation a pu en déduire, contrairement aux conclusions de l'avocat général Chauvy, que les rapports entre le marin et l'armateur n'étaient régis, après sa mise à terre, que par le Code du travail maritime. Qu'advenait-il alors, dans le silence du Code du travail maritime, du marin devenu inapte ? La loi du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, elle-même silencieuse quant à son application aux marins, avait-elle vocation à s'appliquer ? Dans son arrêt d'assemblée plénière (*Cass. soc.*, ass. plén. 7 mars 1997, *Port autonome de Bordeaux c./Vendier*, *Bull.* n° 450, 15 mai 1997, *note et rapp.* C. Badi ; *concl.* Y. Chauvy, *avocat général*, *DMF* 1997-377 ; *JCP* 1997, *Éd. G-II-22863*, *note* M. Pierchon, *Dr. soc.*, 1997-424-425, *obs.*

13. « Il est nécessaire, pour que la maintenance d'un code soit assurée dans de bonnes conditions, qu'il y ait une personne ou une structure dédiée au sein du ministère qui a porté le code. Il ne s'agit pas forcément de maintenir la structure qui, le cas échéant, a élaboré le code, mais d'identifier au sein de l'administration une personne, une cellule, qui devra être nécessairement consultée en amont sur tout projet susceptible de modifier le code », *Commission supérieure de codification*, 19<sup>e</sup> rapport annuel 2008, août 2009, *La Doc. Fr.*, p. 20.

14. Décret n° 2008-1510 du 30 décembre 2008 relatif à la fusion des services d'inspection du Travail, pris dans le cadre de la révision générale des politiques publiques, *JO* n° 304 du 31 décembre 2008.

15. Je tiens à remercier chaleureusement P. Chaumette et S. Carré pour leur aide à la compréhension des évolutions du droit du travail maritime et du droit des transports.

16. « Le contrat d'engagement ainsi que les conditions de travail des marins à bord des navires sont régis par des lois particulières ».

17. Art. 94 : « Les dispositions des articles L. 321-1 à L. 321-11, L. 321-13-1, L. 321-14, L. 321-15, L. 322-3, L. 322-3-1 et L. 322-7 du Code du travail sont applicables aux personnels navigants des entreprises d'armement maritime dans des conditions déterminées, compte tenu des adaptations nécessaires, par décret en Conseil d'État. »

P. Chaumette), la Cour de cassation décide que « les dispositions de l'article L. 742-1 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que les articles L. 122-32-1 et suivants de ce code soient appliqués à un marin devenu inapte à la navigation à la suite d'un accident du travail survenu à bord et dont la situation n'est régie par aucune loi particulière » (Jurisprudence constante : Cass. soc., 28 oct. 1997, deux arrêts concernant l'application aux marins des dispositions de la loi du 30 juillet 1987 interdisant les clauses couperet dans les contrats de travail ou dans les conventions collectives dès lors que le Code du travail maritime est silencieux sur ce point; v. P. Chaumette, « Feue la limite d'âge à 55 ans », *Revue électronique Neptunus, Centre de droit maritime et océanique, Université de Nantes*, 1997, p. 3). La jurisprudence répare ainsi ce que le Conseiller Rapporteur Badi identifie comme une « omission du législateur ». Mais ce faisant, elle renverse la hiérarchie des codes : c'est le Code du travail maritime qui devient dérogatoire par rapport à l'application du droit commun. Comme l'explique alors l'Avocat général Chauvy, « le libellé même du premier article de la partie du Code du travail consacrée aux marins (L. 742-1) est en réalité beaucoup trop restrictif pour qu'on puisse en déduire un droit spécial recouvrant toute la profession. Ne sont "régis par des lois particulières" que le contrat d'engagement et les conditions de travail à bord : émergent les règles juridiquement propres aux marins comme un îlot dans le droit commun ». Le droit du travail maritime s'est rapproché du droit commun du travail jusqu'à perdre son autonomie.

Les mêmes questionnements se posent s'agissant du personnel des entreprises publiques soumis à un statut du personnel et dont la situation, au regard du droit commun du travail, n'a cessé de se banaliser, ou encore des assistantes maternelles, employés de maison, concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation (*Livre VII ancien code*). L'énumération des dispositions du Code du travail qui leur sont applicables est-elle limitative ? Exclut-elle l'application d'autres dispositions du Code du travail ? Si la Cour de cassation a d'abord opté pour une position restrictive, excluant l'application des règles du droit commun concernant le licenciement (Cass. soc., 31 mars 1993), elle a ensuite opéré un revirement de

jurisprudence (Cass. soc., 13 janv. 1994, *Lerouge c./Capponi*, n° 91-44.109, Bull. V n° 13, p. 9; Y. Chauvy, « Employé de maison, employeur, salarié, convention collective des employés de maison, licenciement pour cause réelle et sérieuse, contrat de travail conclu intuitu personae, faute grave, licenciement injustifié », *RJS* n° 3, 1994, p. 163 à 167).

Dès lors qu'elle extrait des pans entiers de règles qu'elle transfère dans d'autres codes, la recodification du Code du travail conduit nécessairement à poser la question de l'articulation entre ces différents codes. En matière de droit maritime, le Code du travail maritime opère par renvois au Code du travail, « code premier ». La multiplication des dispositions d'adaptation ne risque-t-elle pas de renverser la hiérarchie des codes ?

La réponse à la question de l'articulation des dispositions sociales des différents codes est liée aux logiques juridiques distinctes portées par ces mêmes codes. Ces logiques se construisent à partir des choix réalisés par le législateur lors des codifications. Le Code des transports ne devait ainsi, à l'origine, que codifier les règles relatives au transport routier ; le projet inclut aujourd'hui l'ensemble des transports<sup>18</sup>. D'autre part, ainsi que le souligne la circulaire du 30 mai 1996, « le fait d'inclure dans le futur Code des marchés et des contrats les délégations de service public est un choix de fond » (art. 2.2.2).

## 2 UNE REPRÉSENTATION SYMBOLIQUE DES RELATIONS DU TRAVAIL

Le mot « représentation » est un dérivé du latin *esse*, être (dont sont également issus les mots « essence », « quintessence<sup>19</sup> »). Du point de vue de son origine étymologique, le verbe « présenter » (*praeesse*) signifie être devant. Présenter, c'est rendre un objet présent (le visible et l'invisible). Le réordonnement des articles du Code du travail conduit à présenter sous une autre forme les relations du travail, à en modifier la force symbolique. C'est peut-être à ce niveau que se mesure la force créatrice d'une recodification à droit constant.

Le σύμβολον grec (*symbolus* en latin) est d'abord une marque de reconnaissance établie au moyen d'un objet coupé en deux<sup>20</sup> afin de « mettre ensemble, joindre, faire se rencontrer ». Il s'agissait souvent ●●●

18. Transports ferroviaires (partie II), routiers (partie III), fluviaux (partie IV), maritimes (partie V), aviation civile (partie VI).

19. Le 5<sup>e</sup> élément (aussi le plus subtil) après la terre, le feu, l'eau et l'air.

20. Cf. Orioux et P. Schmitt Pantel, *Histoire grecque*, PUF, 2006, *Quadrige*, p. 494.

●●● d'un tesson de poterie qui scellait le contrat passé entre deux parties. Le symbole est à la fois signe de reconnaissance et ce qui unit.

L'œuvre du codificateur et, *a fortiori*, celle du recodificateur revêtent une dimension symbolique essentielle. Il n'est pas anodin, par exemple, que les dispositions relatives au dialogue social, issues de la loi du 31 janvier 2007 (*N. Maggi-Germain*, « *Sur le dialogue social* », *Dr. soc.*, juill.-août 2007, p. 798 à 807), figurent dans un chapitre préliminaire du Code du travail : elles constituent un « *préalable au droit du travail* » (*C. Procaccia*, *rapporteur pour la Commission des affaires sociales*, *déb. Parlement-Sénat*, 26 sept. 2007). D'abord déplacées par les recodificateurs dans la partie relative aux relations collectives de travail, elles ont finalement été réintroduites, par les sénateurs, dans un chapitre préliminaire du Code du travail.

Certains déplacements d'articles au sein même du Code du travail traduisent une approche plus individualiste des relations du travail. Les exemples ne manquent pas : les dispositions relatives au licenciement pour motif économique ont été déplacées du Livre III (« *Placement et emploi* ») vers la première partie relative aux relations individuelles de travail ; les dispositions relatives à la durée du travail ont basculé du Livre deuxième (« *Réglementation du travail* ») vers une troisième partie traitant des salaires, de la participation et de l'épargne salariale.

Il est intéressant de s'interroger plus largement sur la portée symbolique des mouvements d'articles du Code du travail vers d'autres codes. Cette externalisation ne traduit-elle pas ce que l'on pourrait qualifier de sectorialisation du droit du travail ? Corrélativement, le retrait des dispositions du Code du travail concernant les fonctionnaires annonce-t-elle un renforcement du particularisme des relations du travail dans le secteur public ?

## ► Vers une « sectorialisation » du droit du travail ? Les mouvements d'articles vers d'autres codes

**Le principe directeur de la recodification : rassembler les dispositions concernant les travailleurs de chaque secteur dans les codes spécifiques**

Dans un souci de plus grande clarté et d'accessibilité du droit, les recodificateurs ont cherché

à rassembler les dispositions visant les travailleurs de secteurs particuliers (car se voyant appliquer une réglementation spécifique), soit en les sortant du Code du travail pour les intégrer dans un autre code ou, lorsque cela n'était pas possible, en les réunissant, comme c'était déjà le cas dans l'ancienne codification (*Livre VII*) dans une partie spécifique du Code du travail intitulée : « *Dispositions particulières à certaines professions et activités* » (7<sup>e</sup> partie). Sont visés les journalistes, les professionnels du spectacle, de la publicité et de la mode, les concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation, les employés de maison et activités de service à la personne, les professions à caractère commercial se caractérisant par un certain degré d'autonomie (VRP, gérants de succursales, conjoints salariés du chef d'entreprise) ainsi que les travailleurs à domicile. Suivant le rapport fait au président de la République relatif à l'ordonnance du 12 mars 2007, « *le principe retenu est de maintenir ou d'accueillir dans le nouveau Code du travail les dispositions générales et, en conséquence, de transférer les dispositions particulières à certains secteurs d'activité ou à certaines catégories professionnelles dans les codes spécifiques. La mise en œuvre de ce principe recentre le Code du travail sur son objet principal tout en permettant aux codes spécifiques d'accueillir les dispositions en matière de droit du travail qui en relèvent* ».

Cette externalisation des dispositions relatives aux salariés de certains secteurs contribue à redéfinir les rapports entre un droit du travail que l'on peut qualifier de « généraliste » et des droits du travail sectoriels. L'exemple des salariés du secteur des transports est intéressant. Les nombreux textes existant (lois et décrets) n'étaient pas codifiés, à l'exception de certaines dispositions insérées de manière éparse dans le Code du travail et consacrant la spécificité de ce secteur (*art. L. 231-1-1 concernant l'hygiène et la sécurité* ; *art. L. 611-4 confiant les attributions des inspecteurs du Travail à des fonctionnaires du ministère des Transports*, etc.). Avant la recodification et l'adoption du Code des transports (dont la promulgation n'était toujours pas intervenue au 4 octobre 2010), il existait, du fait du renvoi des dispositions générales du Code du travail à des décrets pris pour leur application au secteur des transports, une



certaine « complémentarité entre dispositions du Code du travail et dispositions spéciales non codifiées ». Dans ce foisonnement de textes : « un droit spécial a été érigé à la périphérie du Code du travail, mode de transport par mode de transport » (S. Carré, « Les dispositions sociales du secteur des transports et le Code du travail », *Revue de droit des transports*, avr. 2009, p. 9 à 17, spéc. p. 12). droit spécial, certes, mais non codifié... La codification, dans le Code des transports, des règles sociales éparées, tout comme l'insertion de dispositions autrefois régies par le Code du travail, ne conduit-elle pas, à terme, à une autonomisation du droit du travail applicable au secteur des transports ? Le contenu du droit du travail sera-t-il fonction du secteur et de ses spécificités techniques, voire économiques ? La volonté du recodificateur est, semble-t-il, de créer des codes spécialisés<sup>21</sup>. À l'instar de Patrick Chaumette, on ne peut dès lors qu'être étonné que le Titre V du Code des transports, sur la protection sociale, n'ait pas été intégré dans le Code de la sécurité sociale. Ces « codes spécialisés » ont-ils vocation à se détacher progressivement du Code du travail, et, plus largement, du droit social, référence commune à l'ensemble des salariés ?

Promulgué au lendemain de la seconde guerre mondiale (la loi du 28 mai 1953 procède à une codification-compilation des textes), le Code de l'aviation civile constitue une illustration pertinente des difficultés à faire vivre ce lien juridique. Le droit applicable aux relations de travail est en grande partie lié à la spécificité de l'activité : le Code de l'aviation civile comporte ainsi des règles particulières (au regard du Code du travail) concernant la formation professionnelle continue, les qualifications (art. L. 410-1 et s.), l'aptitude, le temps de service du commandant de bord et de l'équipage (l'article L. 422-5 distingue le temps de service et le temps de vol), le contrat de travail (art. L. 423-1 et s.), les retraites, le temps de repos (art. L. 422-6), etc. La question de l'articulation entre le Code de l'aviation civile et le Code du travail se pose avec une acuité toute particulière, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence<sup>22</sup>. Les conflits de normes issues du Code de l'aviation civile et du Code du travail, voire des directives européennes, donnent lieu à un contentieux ré-

gulier, notamment s'agissant de la limite d'âge imposée par le Code de l'aviation civile au personnel navigant (55 ans pour le personnel navigant commercial et 60 ans pour le personnel navigant technique). De l'arrêt Bourhis du Conseil d'État à la récente décision Brit Air de la Cour de cassation, les sujétions particulières du métier de pilote d'avion peuvent fonder, en droit, un régime dérogatoire de départ en retraite<sup>23</sup> qui, de ce fait, n'est pas discriminatoire<sup>24</sup>.

Mais par-delà les conflits de normes se révèlent des conflits de logiques juridiques.

### Le risque de conflits de logiques juridiques

L'analyse des rapports entre Code du travail, Code du travail maritime et Code des transports peut là encore apporter un éclairage pertinent. Si le droit social des gens de mer s'est construit antérieurement au droit social terrestre, le Code du travail maritime, adopté en 1926, l'est « en copie du Code du travail de 1910 » (v. P. Chaumette, *précit.*) mais en tenant compte de spécificités fortes liées à l'activité, exprimées, en particulier, par le contrat d'engagement maritime. Le rapprochement avec le Code du travail s'effectue, à partir de 1945, par le biais du Livre VII du Code du travail, jusqu'à progressivement devenir une source de droit de plus en plus importante. L'adaptation se réalise par décrets, elle est parfois incomplète : l'exemple peut être donné des missions des délégués de bord (le décret du 8 juin 1983 transpose de manière incomplète les dispositions de la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel). De sorte que, suivant P. Chaumette, « à partir du Code du travail de 1973, il sera clair qu'il convient de commencer par la lecture de son Livre VII pour savoir quelles dispositions de ce code s'appliquent ou non aux entreprises d'armement maritime ». Malgré tout, la transposition des dispositions légales se réalise en tenant compte des particularismes du secteur et d'un droit du travail maritime qui obéit à sa logique : « L'État subventionne la formation, les armements. L'autonomie de la formation professionnelle maritime, les spécificités de ses titres et brevets sont liées aux particularités du travail en mer, mais elles se justifiaient également par

21. C. Procaccia, rapp. n° 459, projet de loi ratifiant l'Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative), Sénat, débat Parl. annexe au PV de la séance du 19 sept. 2007, 84 p., p. 12.

22. S'agissant de l'exercice du droit de grève, v. Cass. ass. plén., 23 juin 2006, n° 04-40.289, publié au Bull., et rapp. de M. Tajj ainsi que l'avis de l'Avocat général Duplat.

23. CE, 27 mars 1985, Bourhis et autres, Rec. p. 92. L'article 75 du règlement du personnel navigant commercial (PNC) d'Air France, qui prévoit l'âge normal de cessation d'activité à 50 ans, n'est pas illégal, dans la mesure où « l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire n'a pas imposé au personnel navigant commercial une contrainte qui ne serait pas justifiée par les exigences particulières de leur fonction ».

24. Cass. soc., 11 mai 2010, M. X c./Sté Brit Air, n° 08-45.307, publié au Bull. ; Liaisons Sociales n° 15614, 20 mai 2010. Mais conformément à l'art. 6 § 1 de la dir. n° 2000/78/CE du 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la mesure doit répondre à un objectif légitime et les moyens mis en œuvre doivent être appropriés et nécessaires ce, qu'en l'espèce, ne montre pas l'arrêt de cour d'appel.

25. CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP, Oü Viking Line Eesti*; CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c./ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet. V. A. Supiot*, « L'Europe gagnée par "l'économie communautaire de marché" », *Débat organisé par Notre Europe et l'Institut syndical européen*, 3 juill. 2008. 26. CE, 21 mai 2008, n° 291115, *Tab. Rec. Lebon*. « Si les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels et leurs avenants, négociés et conclus par les représentants d'organisations syndicales d'employeurs et de salariés, répondant à l'objet de l'article L. 131-1 du Code du travail relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés, de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales, ne sont pas, en eux-mêmes, des "conventions" ou des "ententes" au sens de l'article L. 420-1, leurs stipulations ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ou en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ».

27. La Cour de cassation retient les arguments suivants : l'entreprise concernée, en l'espèce EDF-GDF, a une personnalité juridique distincte de celle de l'État (critère organique), possède une autonomie financière et agit, dans ses opérations, suivant les règles du commerce et de l'industrie, comme auparavant les concessionnaires.

●●● *la volonté commune de l'État, des armateurs et des syndicats de marins de clore le marché du travail maritime.* »

L'adoption d'un Code des transports ne traduit-elle pas un changement de logiques juridiques? Ne vise-t-elle pas, à terme, à adapter, dans le secteur des transports, le droit du travail français aux échanges économiques internationaux? La création de codes sectoriels peut, si ce n'est conduire à l'autonomisation des règles de droit social applicables à ces salariés, amener un renversement des logiques juridiques. Le Code du travail a été bâti sur la volonté de protéger la partie au contrat de travail la plus faible, incorporant, dans son champ d'application, l'ensemble des salariés, voire, parfois, d'autres travailleurs (fonctionnaires, travailleurs indépendants). Le fait d'extraire du champ d'application du Code du travail certains salariés pour les intégrer dans des codes sectoriels régissant une activité ou un secteur d'activités ne conduit-il pas, à terme, du fait de la structure même de ces codes, à confronter, plutôt qu'à les hiérarchiser, les droits sociaux et les libertés économiques (sur le modèle des arrêts Viking et Laval<sup>25</sup>)?

Il n'est pas anodin que l'adoption de nouveaux codes tels que le Code de l'énergie ou le Code des transports soit concomitante de l'ouverture du secteur à la concurrence (fin du monopole d'EDF-GDF, de la SNCF). C'est ce même renversement des logiques qui conduit une organisation patronale, la Société nouvelle de remorquage du Havre, à demander au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir, car portant atteinte à la liberté d'établissement (*art. 43 et 48 du Traité CE*) et pris en violation du droit de la concurrence (*art. 82 Traité CE*) et de l'article 420-1 du Code de commerce, deux arrêtés du 6 janvier 2006 du ministre des Transports étendant deux accords du 2 décembre 2005 relatifs à l'aménagement et à la réduction du temps de travail. Le Conseil d'État rejette la demande mais précise cependant qu'« il incombe aux ministres d'opérer, dans l'usage qu'ils font des dispositions de l'article R. 742-2 du Code du travail, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social, au nombre desquels figurent l'aménagement et la réduction du

temps de travail, qui sont de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation ou au développement de la libre concurrence dans le secteur en cause »<sup>26</sup>. Sur le marché des droits, la question de leur légitimité et, par conséquent, de leur hiérarchisation ne se pose pas.

## ► Vers un renforcement du particularisme des relations du travail dans le secteur public? L'introuvable Code de la fonction publique

### Spécificité et banalisation des relations du travail dans le secteur public

La recodification a conduit au retrait du Code du travail des dispositions éparses visant les fonctionnaires. Faut-il voir dans cette décision une volonté de maintenir, voire de renforcer, la spécificité des relations de travail dans le secteur public?

Il convient d'abord de distinguer la situation des fonctionnaires de celle des travailleurs des entreprises publiques à statut, c'est-à-dire dont le personnel est doté, en vertu d'une loi, d'un statut du personnel, acte administratif réglementaire. S'il s'agit d'agents exerçant leurs activités dans le cadre d'un service public (se référer aux « salariés » des entreprises publiques à statut constitue non seulement une erreur de droit mais traduit une méconnaissance de la spécificité du cadre juridique d'exercice de la relation de travail), le personnel des entreprises publiques à statut relève, pour les litiges individuels, et en l'absence de mise en cause la légalité d'une disposition statutaire, des juridictions judiciaires, tandis que les tribunaux administratifs sont compétents s'agissant des fonctionnaires. Dès 1950, la Cour de cassation a distingué, dans un arrêt Arduin du 12 juillet 1950, la situation des fonctionnaires, relevant d'un régime de droit public, des ouvriers et employés des EPIC, établissements publics industriels et commerciaux, soumis au droit privé et relevant du conseil de prud'hommes<sup>27</sup>. Le Code du travail se réfère au personnel des services publics lorsqu'ils sont employés dans des conditions de droit privé (*art.*

L. 1131-1, L. 1411-2, L. 2233-1, par ex.). La recodification n'a pas modifié la situation du personnel des entreprises publiques à statut qui continue à bénéficier, sous certaines conditions, de l'application de certains titres, chapitres ou articles du Code du travail. L'article L. 1131-1, par exemple, rend applicable à ce personnel les dispositions concernant les discriminations. L'article L. 1233-1 vise spécifiquement les « entreprises publiques et les établissements publics industriels et commerciaux » qui entrent, « sauf dispositions particulières », dans le champ d'application du chapitre sur le licenciement pour motif économique. Mais les conflits de normes entre des dispositions statutaires et des dispositions issues du Code du travail sont nombreux et d'autant plus complexes que la disposition litigieuse du Code du travail est silencieuse sur son champ d'application.

À l'inverse, les fonctionnaires ne sont pas liés à leur employeur par un contrat de travail : ils sont, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire qui interdit de reconnaître une quelconque force obligatoire tant aux contrats (tout arrangement particulier est nul<sup>28</sup>, l'Administration n'étant alors pas tenue de le respecter<sup>29</sup>), qu'aux conventions collectives<sup>30</sup>. Ils n'ont, par principe, pas vocation à être régis par les dispositions du Code du travail, leur situation étant déjà déterminée par une loi commune aux fonctionnaires des trois fonctions publiques (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires) et par des lois spécifiques à chaque fonction publique (L. n° 84-16, 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; L. n° 84-53, 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale<sup>31</sup> ; L. n° 86-33, 9 janv. 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière). Quelques articles du Code du travail leur étaient, malgré tout, applicables : article L. 323-2 sur l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (L. 323-8-6-1, création du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique), articles L. 970-1 et 2 sur la formation professionnelle continue ; certains le sont toujours.

La sortie des fonctionnaires du champ d'ap-

plication du Code du travail pourrait, *a priori*, laisser penser que le législateur a pris acte de la spécificité des relations du travail dans les administrations, les collectivités territoriales et le secteur hospitalier. Pure conjecture ! L'analyse des évolutions juridiques montre, au contraire, que le droit applicable aux fonctionnaires se rapproche, au fil des lois, de celui en vigueur dans le secteur privé, conduisant à une inexorable et subreptice banalisation des relations du travail dans le secteur public en général et dans la fonction publique en particulier. Outre la récente nomination, unique à notre connaissance, d'un ministre en charge du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique (et dont les attributions, définies par le décret du 1<sup>er</sup> avril 2010, lèvent toute ambiguïté sur les finalités de cette nomination<sup>32</sup>), l'analyse des « pratiques législatives » de cette dernière décennie montre que le législateur utilise le même corpus normatif pour réformer le droit applicable aux salariés du secteur privé et aux agents de la fonction publique. L'exemple peut être donné de la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (*dite loi « TEPA »*), de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ou encore de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, ces deux derniers textes intégrant à la fois dans le statut de la fonction publique et dans le Code du travail les règles relatives au harcèlement moral et la notion de discrimination indirecte.

## Faut-il un Code de la fonction publique ?

La doctrine de la Commission supérieure de codification est clairement de ne pas codifier les dispositions statutaires dans des codes déjà en vigueur : « la Commission a rappelé, à l'occasion de l'examen de la partie réglementaire du Livre IX du Code de l'éducation relatif aux personnels, qu'il n'est pas d'usage de codifier les dispositions statutaires dans les codes. Pour cette raison, aucun des statuts particuliers relatifs à des corps de personnels relevant du ministre de l'Éducation nationale n'est repris dans le Code de l'éducation ni aucun des textes relatifs aux commissions administratives paritaires de ces corps. La commission a estimé que, pour les mêmes raisons, il convenait de ne pas davantage ●●●

28. CE, 11 janv. 1946, Gérald, Rec. p. 10.

29. CE, 9 avr. 1999, Rochaix, n° 155304.

30. CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> sous-sections réunies, 13 oct. 2004, Association pour la défense et l'application des droits des personnels de l'ex office public d'habitation à loyer modéré interdépartemental de la région parisienne. V. N. Maggi-Germain et Ch.-A. Garbar, « L'articulation entre la loi, le statut et la convention collective dans le secteur public », in *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, dir. J. Barreau, PUF, 2003, p. 159 à 177.

31. La fonction publique territoriale dispose, depuis 1996, d'un Code général des collectivités territoriales (L. n° 96-142, 21 févr. 1996, partie législative, et déc. n° 2000-318, 7 avr. 2000, partie réglementaire).

32. « Sous réserve de la compétence du Premier ministre en matière d'encadrement supérieur de l'État, il prépare et met en œuvre la politique en matière de fonction publique. Il veille au respect des droits et obligations de l'ensemble des fonctionnaires ainsi que des principes régissant leur carrière. Il conduit la politique de rénovation de la gestion des ressources humaines dans les administrations publiques ainsi que la politique salariale et des pensions dans la fonction publique. Il assure la coordination des règles statutaires et individuelles particulières. » (art. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>) ; JO 2 avr. 2010.

●●● *codifier certaines dispositions réglementaires qui revêtent un caractère statutaire bien qu'elles ne figurent pas dans les statuts des personnels en tant que tels : la valeur statutaire de ces dispositions a été reconnue par la jurisprudence et le fait qu'elles ne figurent pas dans les statuts particuliers des enseignants concernés ne répond qu'à une nécessité pratique qui est d'éviter la redondance qu'entraîneraient des mentions identiques dans des textes différents. N'ont ainsi pas à être repris dans le Livre IX du code les dispositions relatives aux obligations de service des personnels ou les textes relatifs aux indemnités des personnels » (Commission supérieure de codification, 19<sup>e</sup> rapp. annuel 2008, août 2009, La Doc. Fr., p. 25). Exceptionnellement, du fait de leur force symbolique, certaines dispositions statutaires ont tout de même été reprises dans un code déjà en vigueur : « 6° La commission a émis un avis favorable à la codification des dispositions relatives aux Palmes académiques (art. D. 911-107 à D. 911-123) et à la médaille d'honneur des instituteurs (art. R. 921-36 et R. 921-37). Même s'il n'est pas usage de reprendre dans un code les règles relatives aux décorations, ces deux médailles jouent un rôle très particulier pour le monde enseignant qui permet de justifier leur reprise dans le Code de l'éducation » (19<sup>e</sup> rapp., précit., p. 80-81).*

S'agissant du Code du travail, certaines dispositions y sont demeurées, malgré la recodification, dès lors qu'elles déclinent un principe et des règles posés, à titre principal, pour l'ensemble des salariés (art. L. 3142-64 et s., congés des salariés candidats ou élus à un mandat parlementaire ou local, ou encore art. L. 5421-1 à 5 et R. 5424-1, indemnisation des fonctionnaires au titre de l'assurance-chômage).

Un code spécifique à la fonction publique est-il nécessaire ? Sa création est prévue mais sans cesse ajournée... Suivant la Commission supérieure de codification, « l'existence de projets conduisant à modifier en profondeur le droit de la fonction publique a conduit à différer l'examen du Code de la fonction publique » (19<sup>e</sup> rapp., précit., p. 17). Le droit de la fonction publique est constitué d'un foisonnement de textes : les statuts législatifs sont mis en œuvre par des textes réglementaires. Sauf à procéder à une simple compilation, une codification implique de trier, assembler, classer des textes suivant une certaine logique. Elle porte en

elle, ainsi que nous l'avons vu, des enjeux qui vont au-delà de la simple remise en ordre d'un corpus juridique.

## 3 EXISTE-T-IL UN DROIT COMMUN DU TRAVAIL ?

La recodification du Code du travail ne mérite sans doute « *ni indignité ni excès d'honneur* » (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « *Ni indignité ni excès d'honneur* », RDT n° 6, juin 2007, p. 356). Elle formalise certaines évolutions (et, de ce fait, les consacre), mais n'en est pas à l'origine. D'un point de vue pratique, l'existence de plusieurs codes ayant vocation à régir les relations de travail dans certains secteurs représente à la fois un coût supplémentaire et de nouvelles difficultés d'utilisation pour les usagers appelés à manipuler plusieurs codes. C'est en tout cas le constat qui ressort de certaines réponses au questionnaire « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* », tout comme la difficulté de devoir composer avec une période de transition précédant la promulgation des nouveaux codes (v. L. Casaux-Labrunée, « *Nouveau Code du travail. Évaluation par les usagers et bilan des deux premières années d'application* », *Semaine sociale Lamy*, n° 1450, p. 5 à 9.). Il faut aujourd'hui parfois concomitamment se référer à l'ancienne et à la nouvelle numérotation du Code du travail. L'externalisation de certaines dispositions suppose de repenser l'articulation Code du travail-codes spécialisés. Comment, dès lors, maintenir la cohérence et l'unité du droit du travail ? Les codes spécialisés auront-ils vocation à systématiquement réceptionner les dispositions du Code du travail ? Lesquelles ? Procéderont-ils par renvoi au Code du travail, à l'instar de certains articles du Code de l'aviation civile (L. 422-5 et L. 423-9 s'agissant de la définition du temps de travail et des critères de représentativité) ou encore du Code du travail maritime au risque de voir se multiplier les conflits de normes<sup>33</sup> ? La construction d'une articulation entre les dispositions du Code du travail et les dispositions applicables à certains salariés intégrées dans des codes spécialisés pose aujourd'hui la question de l'émergence d'un droit commun du travail, c'est-à-dire d'un corpus de principes et de règles transcendant les spécificités des secteurs d'activité. ■

33. En dernier lieu, v. C. cass. 19 mai 2010, n° 09-42.115, FS-P + B, Sté Armement Dbellemmes SA c./Peron, note P. Chaumette (JCP S (édition sociale), 20 juillet 2010, n° 29, p. 25-26) : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu exactement que le décret du 1<sup>er</sup> juin 1999 a rendu applicable aux marins l'ensemble des articles L. 122-32-1 à L. 122-32-11, devenus L. 1226-10 à L. 1226-17, du Code de travail, sans exclure aucun texte, et n'a apporté aucune restriction quant à l'application de ces dispositions, auxquelles le décret du 17 mars 1978, qui se borne en son article 23 à prévoir une indemnité minimum de licenciement, ne saurait faire échec, notamment en ce qui concerne le calcul ou l'assiette de calcul de l'indemnité spéciale de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ».

# Le droit pénal du travail depuis la recodification du Code du travail

Alain Coeuret, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

**L**e droit pénal du travail n'est que pour partie concerné par la recodification du Code du travail. Il ne l'est en effet que pour celles des infractions qui ont pris place, au fil du temps, dans ce code si souvent bouleversé qu'il est finalement regardé comme le contraire de l'idéal que l'on peut se faire d'un code, dont l'archétype demeure bien évidemment le Code civil, mais aussi, dans une certaine mesure, le Code pénal, pour lequel on peut encore en rester à deux dates significatives : 1810 et 1994.

Précisément, c'est dans ce dernier que siège l'autre partie du droit pénal du travail, par l'effet d'un phénomène qu'il serait superficiel de lier aux seuls caprices de l'Histoire et auquel on peut assigner une raison principale : dans les relations du travail, la sanction pénale défend depuis l'origine des valeurs communes à toutes les composantes de la société, qui vont du respect de la vie et de l'intégrité physique de la personne à la protection de la dignité de celle-ci<sup>1</sup>.

À y bien réfléchir, ceci procure au droit pénal du travail un statut particulier à l'intérieur de l'ensemble plus vaste que forme le droit pénal de l'entreprise ou des affaires, auquel on le rattache volontiers<sup>2</sup> et dans lequel, au contraire, d'importants rameaux du droit répressif reposent en totalité sur une législation spéciale, extérieure au Code pénal et, jusqu'à il y a peu, faiblement codifiée au sein notamment du Code de commerce (à commencer par l'infraction phare d'abus de biens sociaux).

Cette relativité n'est pas mise en avant pour minorer l'intérêt d'une réflexion sur la recodification des sanctions pénales dans le domaine du travail salarié, mais, au contraire, pour annoncer que, d'une certaine façon, la recodification sur laquelle

nous nous interrogeons avait à relever un défi supplémentaire, celui de ne pas heurter la lettre et l'esprit des dispositions du Code pénal applicables à la matière des relations du travail, que ce soit au titre d'un droit pénal spécial qui y siège ou au titre de ce qu'il est convenu d'appeler le droit commun de la responsabilité pénale, objet du Titre II du Livre I<sup>er</sup> dudit code.

Comment en particulier ne pas tenir compte dans la reformulation des textes d'incrimination du Code du travail de la manière dont, à partir des articles 121-1 et suivants, les infractions pénales sont généralement imputées aux différentes catégories de responsables que sont les personnes physiques et les personnes morales, avec pour ces dernières la difficulté tenant au caractère relativement récent de leur statut de pénalement responsables ?

Dans cette approche des aspects pénaux de la recodification du Code du travail, il est un sujet que nous n'aborderons pas, qui est celui de la dépénalisation. Pourtant, ce thème revient assez régulièrement dans les réponses apportées au questionnaire d'évaluation du nouveau Code du travail. Il traduit sans doute le trouble légitime qu'éprouvent certains observateurs face à la disparition ou à la reformulation restrictive de tel ou tel texte d'incrimination figurant dans la version antérieure du Code.

Cependant, même s'il est périlleux de vouloir fixer avec précision ce qu'on entend par « *droit constant* », toute entreprise de dépénalisation débordé forcément le projet d'une recodification limitée à un tel objectif.

Supprimer une incrimination, en réduire délibérément le champ ou déclasser certains délits pour en faire des contraventions, ●●●

*1. On citera, sans aucune prétention à l'exhaustivité, les délits d'homicide et de blessures involontaires des articles 222-19 et s., le délit de risque causé à autrui (mise en danger) de l'article 223-1, les délits de conditions de travail et d'hébergement indignes des articles 225-13 et 225-14, le délit général de discrimination des articles 225-1 et s., les délits de harcèlement sexuel et moral (art. 222-33 et 222-33-2), sans oublier le délit d'entrave à la liberté du travail (art. 431-1). Pour une étude systématique de ces infractions : E. Fortis et A. Coeuret, « Droit pénal du travail », Manuel Litec, 2008.*  
*2. Telle est, notamment, l'approche de l'ouvrage collectif « Droit pénal des affaires en Europe », sous la direction de G. Guidicelli-Delage, Themis Droit, PUF, 2006.*

●●● représentent à l'évidence des modifications substantielles du droit positif.

Or, si on se rapporte à l'article 84 de la loi du 9 décembre 2004, il était totalement exclu qu'un tel remaniement puisse s'engager, à supposer qu'on en ait eu l'intention raisonnée, laquelle aujourd'hui paraît peu probable comme l'atteste notamment le rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires, dont les auteurs déclarent d'emblée qu'ils ne s'intéresseront pas aux infractions portant sur les relations du travail.

Aussi bien, même si on est surpris de ce qu'en dépit du temps écoulé depuis la loi du 21 janvier 2008 certaines erreurs n'ont pas été corrigées, on doit s'efforcer de ne pas porter la controverse sur le terrain d'éventuelles modifications substantielles des textes dont le constat compromettrait gravement l'autorité d'un outil normatif dont la lisibilité est plus que jamais indispensable à tous les acteurs des relations du travail.

Ceci posé, le débat sur la recodification offre d'abord l'opportunité de mieux saisir dans ses caractéristiques essentielles le droit pénal du travail, à tout le moins sa dimension « *travailleuse* ».

Le mieux connaître dans sa configuration textuelle et dans son armature logique, ce qui invite à dresser un état des lieux qui soulignera d'abord la grande stabilité de la localisation des dispositions pénales, avant et après la recodification. Sera également relevée l'extrême dépendance dans laquelle se trouvent ces mêmes incriminations à l'égard des règles extra-pénales qui constituent l'essentiel du code.

Sous ce dernier aspect et quels que soient les mérites du travail entrepris, on doit admettre que la recherche des contours de l'infraction restera toujours une épreuve redoutable, surtout lorsque la sanction pénale répond à la violation de dispositions réglementaires qui figurent dans des textes non codifiés.

Au fil de cet état des lieux, déjà, apparaîtront des singularités dans l'œuvre de recodification. Sans aucunement insinuer qu'elles sont innombrables, on ne s'engagera pas pour autant à en donner la liste exhaustive, se bornant au genre plus modeste de l'illustration.

Mais si les singularités suscitent des interrogations, le choix des termes employés peut parfois

provoquer l'incompréhension, voire le désaccord.

La « *montée en puissance* » de certains termes ainsi que l'éviction de certains autres, dont le sens s'était stabilisé et qui jouaient un rôle essentiel dans l'opération d'imputation des faits illicites à un responsable, représentent à cet égard une grande source d'étonnement, comme si les artisans de la recodification avaient d'eux-mêmes encore compliqué la tâche déjà extrêmement rude à laquelle ils étaient confrontés.

Mais, puisqu'il s'agit de porter un regard sur un phénomène qui s'étale dans le temps entre le premier coup de pioche et la « *réception définitive* », qu'il nous soit permis également de faire le lien entre la recodification proprement dite et une intervention législative en cours, qui revient notamment sur ces aspects terminologiques en introduisant parallèlement des modifications de grande portée dans la rédaction de certaines dispositions du Code du travail dans sa nouvelle version.

## 1 ÉTAT DES LIEUX

Celui-ci impose d'abord la recension des règles répressives et plus particulièrement des textes d'incrimination tels qu'ils existaient avant la recodification, façon de vérifier que, par-delà les réécritures et déplacements jugés nécessaires, rien ne manque dans l'*Arche de Noé* normative et qu'avant les événements que l'on sait toutes les espèces y avaient bien pris place.

Des règles relatives au constat des faits jusqu'au prononcé de la peine en passant par la définition des infractions, rien ne semble en effet manquer à l'appel. Mais à y regarder de plus près cependant, deux dispositions au moins font problème en ce que chacune à sa manière se présente comme amputée par rapport à ce qu'elle était antérieurement.

La première correspond à l'ancien article L. 153-1 qui réprimait les infractions aux stipulations conventionnelles dérogatoires des mêmes sanctions que celles attachées aux lois ou règlements auxquels la convention déroge<sup>3</sup>.

À l'issue du travail de recodification, il est apparu que cette disposition avait purement et simplement disparu, ce qui peut sembler étrange pour

3. Sur ce texte qui a pu lui-même soulever la controverse et qui a conduit la chambre criminelle à revenir sur la jurisprudence dite « Plessis » du 14 février 1978, on peut toujours consulter avec profit les belles pages écrites par M. Despax dans le volume du *Traité de droit du travail consacré aux conventions collectives* (chap. 5 n° 250-1 et s. : *Droit pénal et application du droit conventionnel*) la question vient d'être reprise par M.-C. Amauger-Lattes de façon tout à fait éclairante : « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. soc.*, mars 2009, p. 568 et s.

l'observateur externe, mais se comprend mieux dès lors qu'on mesure les contraintes administratives et autres ayant pesé sur les services chargés de cette question<sup>4</sup>.

Au reste, l'omission a vite été identifiée puisque le Sénat a inséré dès la première lecture du projet de loi de ratification, un nouvel article L. 2263-1, reconduisant *prima facie* l'article ainsi égaré (*le « signalement » en avait été fait par Cyril Wolmark, RDT nov. 2007 p. 631*).

Cependant, à y regarder de plus près, la nouvelle disposition ne reprend pas intégralement la rédaction de l'article L. 153-1<sup>5</sup>. Ainsi qu'on l'a fait remarquer (*v. l'étude de M.-C. Amauger-Lattes, précit.*), la référence à des stipulations dérogeant à des dispositions réglementaires a disparu, seule étant maintenue celle se rapportant aux dispositions de nature législative. Cette ablation pourrait se comprendre dès lors qu'en créant des conventions, l'article L. 153-1 ancien empiétait sur la compétence du pouvoir exécutif résultant de l'articulation des articles 34 et 37 de la Constitution. Mais il eût fallu alors, pour assurer une totale continuité avec la solution antérieure, insérer dans la partie réglementaire du nouveau code un équivalent à l'article L. 2263-1, destiné à sanctionner spécifiquement la méconnaissance des stipulations dérogeant à des dispositions réglementaires assorties de sanctions pénales. Or, à ce jour et sauf erreur de notre part, il n'est nullement question de revenir sur ce texte.

Le second « oubli » demeure non réparé à ce jour. Il a trait à l'incrimination du harcèlement moral dont la présence dans le Code du travail depuis la loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale, en parallèle de celle qui figure dans le Code pénal, a pu susciter une certaine incompréhension due au double emploi apparent entre les deux textes alors que, du point de vue des peines, l'écart s'est révélé d'emblée considérable entre l'un et l'autre (*v. infra la modification réalisant à l'harmonisation de la sanction par utilisation du renvoi au Code pénal*).

L'incrimination de harcèlement moral figure maintenant à l'article L. 1152-1, pour la description des agissements illicites, et à l'article L. 1155-2, pour ce qui est des peines (*ancien art. L. 152-1-1*). Mais ce dernier ne vise plus l'article L. 1152-2

(qui succède à l'article L. 122-49), lequel énonce qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, formation, reclassement, affectation, qualification, classification, promotion professionnelle, mutation, renouvellement de contrat, pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral ou pour avoir témoigné des tels agissements ou les avoir relatés.

Disparaît du même coup la complémentarité qui existait sur cette question entre le Code pénal et le Code du travail, ainsi que le lien implicite entre les notions de harcèlement et de discrimination qui préfigurait d'une certaine manière le concept communautaire de harcèlement discriminatoire introduit tardivement en droit interne par la loi du 27 mai 2008<sup>6</sup>.

Contrairement en effet à celle du Code du travail, l'incrimination figurant à l'article 222-33-2 du Code pénal n'a jamais pu permettre d'atteindre les répercussions négatives du harcèlement sur la vie professionnelle de la victime ou du témoin, générées par la volonté de rétorsion du titulaire de l'autorité dans l'entreprise<sup>7</sup>.

Devant cette rupture de lien entre la sanction pénale et certaines situations qui sont le propre du harcèlement moral en entreprise, rupture qui ne s'accompagne d'aucune explication à quelque stade où l'on se place du processus de recodification, il n'est pas aisé de résister au soupçon de « *dépénalisation rampante* » que d'aucuns n'ont pas hésité à exprimer.

Toujours au titre de l'état des lieux, on est forcément conduit à consacrer quelques remarques aux aspects « *topographiques* » du remaniement des dispositions pénales opérés par la recodification.

Il s'observe d'une manière générale, que pour chaque thème traité par le code, le texte pénal a été systématiquement rapproché des règles extrapénales dont il assure le respect. Placée naguère à l'échelon du titre, lequel ne garde ce rôle qu'en matière d'hygiène et de sécurité au travail, la sanction pénale se stabilise le plus souvent désormais à l'échelon du chapitre, voire à celui de la section<sup>8</sup>.

Mais ce qui retient surtout l'attention, c'est le déplacement d'une partie essentielle des ●●●

4. Nous tenons ici à rendre hommage au travail fourni par la mission recodification et à préciser que la dimension parfois critique de notre analyse ne vise aucunement à en contester la qualité mais constitue pour l'essentiel l'expression d'opinions divergentes sur les choix rédactionnels qui ont pu être faits.

5. Art. L. 2263-1 nouv. : « Lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies de sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause. »

6. À l'heure où l'on négocie au plus haut niveau sur le harcèlement au travail et où la chambre sociale de la Cour de cassation affiche la volonté de donner un maximum de portée à la notion de harcèlement moral, la disparition du renvoi à l'article L. 1152-2 n'est guère compréhensible et augure d'une accentuation des divergences entre contentieux pénal et contentieux civil.

7. Ceci illustre d'une première manière l'exigence d'harmonie entre Code pénal et Code du travail, le premier n'ayant pas à se préoccuper de comportements qui ne se développent que dans la sphère du second auquel est laissée toute latitude pour y remédier.

8. Sur la réglementation du travail des mineurs dans certaines professions, v. C. trav., 7<sup>e</sup> partie, Livre 1<sup>er</sup>, Titre V, section 6.

●●● règles répressives, celles qui encadrent la constatation des infractions, vers ce qu'on pourrait appeler « *l'arrière du navire* ». Localisées en effet auparavant dans le Livre VI de l'ancien code, ces règles, qui définissent les différents aspects de la compétence des inspecteurs et des contrôleurs du Travail, régressent encore dans l'ordre de présentation actuel pour composer le premier livre de la 8<sup>e</sup> partie intitulée : « *Contrôle de l'application de la législation du travail.* »

Ce « déplacement » est encore plus manifeste pour les règles définissant la lutte contre le travail illégal, situées désormais au Livre II de cette même 8<sup>e</sup> partie, alors qu'on les trouvait auparavant dans les Livres I et III de l'ancien code.

On peut admettre qu'il en soit ainsi dans la mesure où des infractions telles que le travail dissimulé, le marchandage ou le prêt illicite de main-d'œuvre sont souvent relevés par les agents de l'inspection du Travail et où leur éparpillement antérieur rendait peu intelligible cet aspect de la matière pénale du travail.

Toutefois, on s'autorisera deux remarques un peu critiques. Tout d'abord, la surprise vient de ce que de grandes interdictions comme celle du marchandage, par exemple, se présentent si tard au lecteur du code que celui-ci, non prévenu, ne percevra peut-être plus la charge symbolique qui fut à l'origine de l'interdiction (en 1848, par décret signé de Louis Blanc) et retirera en outre l'impression que la matière est essentiellement pénale, alors que la sanction est ici bicéphale et qu'elle intéresse également la compétence du juge du contrat de travail, dans une problématique liée à la nature des emplois et au lucre auquel ils ne peuvent donner lieu (*v. par ex. : Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 603 et s., obs. J. Savatier, relevant l'absence de but lucratif*).

Il y a des liens très forts entre le marchandage et la licéité exceptionnelle du prêt de main-d'œuvre à but lucratif cantonné pour l'essentiel au travail temporaire et l'on peut estimer que ce « message » du législateur social n'est pas énoncé là où il devait l'être.

L'inventaire du détail de cette 8<sup>e</sup> partie conduirait peut-être à formuler d'autres critiques adressées cette fois au vocabulaire employé pour annoncer des dispositions aussi essentielles que celles

consacrées aux pouvoirs de contrôle des inspecteurs-contrôleurs du Travail.

Ainsi, sans qu'il y ait lieu d'y insister longuement, on relèvera que l'intitulé de la nouvelle section 4 s'intitule curieusement « *Recherche et constatation des infractions* » alors que seule cette seconde opération est concernée par les règles qui y figurent et que la mission de l'administration du travail n'est pas à proprement parler de rechercher des infractions mais de s'assurer que les règles applicables dans l'entreprise qu'elle visite sont respectées<sup>9</sup>.

L'originalité du rôle administratif ainsi rappelé n'aurait-elle pu être soulignée davantage encore par la reformulation de l'article L. 8113-7 relatif aux procès-verbaux, de façon qu'apparaisse explicitement la faculté exceptionnelle que ces agents tiennent du droit international du travail de ne pas relever immédiatement l'infraction et d'opter pour une mesure alternative ?<sup>10</sup>

Ensuite, deuxième remarque, il pourrait y avoir un risque de confusion entre les dispositions les plus générales en matière de constats des infractions, telles qu'on les trouve dans le Livre I<sup>er</sup> de cette 8<sup>e</sup> partie et les règles propres au constat des infractions de travail illégal énoncées à part, dans le Titre VII du Livre II de cette même partie.

On aurait pu imaginer qu'un tableau d'ensemble des compétences et des pouvoirs soit dressé dans un titre unique qui aurait ainsi mis en évidence le degré variable de généralité de chacune des règles et le rapport entre les règles les plus générales et les règles spéciales.

Poursuivant l'inventaire, il est aussi, on l'a maintes fois souligné, un aspect plus spécialement méthodologique qui consistait à recodifier en « traitant » les articles de manière à rendre la règle de droit la plus lisible possible.

De cet objectif est issu le précepte « *une idée par article* » qui a entraîné presque mécaniquement de nombreuses scissions et a fait tripler le nombre des dispositions nouvelles par rapport aux anciennes.

Le mot, passablement trivial, de « saucissonnage » ayant parfois été employé pour critiquer ce que d'aucuns ont vu comme un excès de zèle nuisible à la cohérence de tel ou tel dispositif légal, on est naturellement conduit à reprendre l'analyse

9. Ceci recoupe en vérité la distinction fondamentale entre police judiciaire et police administrative, qui a pour conséquence que les inspecteurs et contrôleurs du Travail n'ont pas qualité d'agent ou d'officiers de police judiciaire et ne sont pas astreints aux règles du Code de procédure pénale qui définissent les pouvoirs d'investigation desdits agents ou officiers.  
10. Sur le pouvoir d'appréciation exceptionnel en droit français, dont la mention dans le nouveau code pouvait faire gagner en intelligibilité la définition du rôle de l'inspecteur du Travail face aux entreprises, *v. notre ouvrage précité, n° 56 et s.* De même pouvait-on peut-être préciser les rapports entre constat de l'infraction et déclenchement de certaines procédures par l'inspecteur comme le rappelle la chambre criminelle de la Cour de cassation aux termes d'un arrêt du 10 mars 2010 qui exclut la rédaction d'un procès-verbal préalable de la saisine du juge des référés afin de faire cesser un travail dominical illicite (RDT, mai 2010, p. 202).



sous cet angle pour ce qui ressortit spécifiquement au domaine pénal.

Il semble cependant qu'on puisse considérer qu'il n'y a guère de reproche graves à adresser de ce point de vue au recodificateur, tout simplement peut-être parce qu'il est de la nature des choses qu'en droit pénal on s'exprime succinctement, chaque terme employé étant susceptible de faire varier grandement le périmètre de l'élément légal de l'infraction. Dès lors, il n'y avait rien à diviser, faute d'embonpoint manifeste.

Mais si l'observation ne mérite d'être assortie d'aucune réserve s'agissant des délits, elle est peut-être moins convaincante à propos des contraventions, lesquelles ont donné lieu dans certaines matières comme celle des contrats de travail précaires à des séries d'articles traitant de situations infractionnelles très voisines (on a ainsi « pointé » pas moins de onze articles de pénalités distinctes à propos des CDD). Si bien qu'alors c'est l'opportunité même du travail de découpage qui pourrait être en cause.

Globalement, cependant le « pénaliste » n'a pas à se plaindre des excès de la méthode ci-avant rappelée. Il aurait même à se féliciter de ce que les recodificateurs n'ont pas cédé à la tentation inverse d'un regroupement de textes antérieurement épars, au prétexte que ceux-ci auraient exprimé chacun le même concept pénal.

La meilleure illustration de cette fausse dispersion est offerte par le fameux délit d'entrave aux institutions représentatives des salariés.

Ce que nous désignons ordinairement, et approximativement, par un singulier, donne lieu à pas moins de six incriminations distinctes, une par institution, réparties dans les chapitres terminaux des différents titres de la 2<sup>e</sup> partie du nouveau code, sans oublier le délit d'entrave au CHSCT, qui siège quant à lui à la fin du Titre I<sup>er</sup> du Livre IV de la 4<sup>e</sup> partie.

Cette dispersion peut intriguer, mais elle est logique car il s'agit en vérité d'infractions distinctes constituant des chefs de poursuite autonomes les uns par rapport aux autres et débouchant sur une déclaration de responsabilité éventuellement plurale<sup>11</sup>.

Le maintien du *statu quo* doit donc ici être pleinement approuvé. La seule critique qu'on puisse

s'autoriser concerne la survie d'un particularisme rédactionnel à l'article L. 2316-1, texte qui définit l'entrave à l'institution des délégués du personnel en évoquant « l'atteinte » et en faisant référence à la tentative pour affirmer son caractère punissable de façon totalement platonique.

En effet, cette dernière infraction obéit comme toutes les autres au régime des infractions formelles dont l'élément matériel est déjà tout entier consommé par la mise en œuvre de moyens en vue d'entraver, indépendamment du résultat atteint par l'agent<sup>12</sup>, en sorte que le commencement d'exécution n'est jamais séparable du délit lui-même.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas là une grave mal-façon de la loi pénale qui aurait imposé qu'on la corrige, les tribunaux et la pratique ayant réceptionné depuis longtemps la véritable nature du délit.

De même, faut-il faire grief aux auteurs de cette réécriture d'avoir largement repris, y compris en matière pénale, la technique du renvoi qui consiste à se référer à un autre texte pour définir l'infraction en son entier, si bien que l'incrimination proprement dite ne livre que les pénalités encourues, mais reste muette sur la configuration de l'infraction qu'on découvrira à la lecture d'une ou de plusieurs dispositions extra-pénales visées par le premier texte ?

La manifestation la plus massive de cette technique s'exprime, comme chacun sait, dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité du travail, où le délit principal de l'article L. 4741-1 est nourri pour l'essentiel de la violation des très nombreuses prescriptions légales et réglementaires auxquelles il renvoie. S'il y a là quelque chose de peu satisfaisant au regard de l'objectif affiché par la loi de décembre 2004, la question dépasse de très loin le seul droit pénal du travail pour s'étendre à l'ensemble du droit pénal moderne et il eût été disproportionné de vouloir s'attaquer frontalement à cet état de chose. Cependant, il faut immédiatement observer que dans la mesure où une telle technique demeure incontournable, elle doit alors être parfaitement maîtrisée lorsqu'on réécrit les textes et qu'on remanie un Code.

Or, on nous permettra d'exprimer quelque surprise à ce sujet à partir de l'évocation d'une ●●●

11. Par un arrêt du 22 mai 1974, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet indiqué que pour être identiques, ces infractions n'en étaient pas moins distinctes les unes des autres aussi bien dans leur élément matériel que dans leur élément légal ce qui avait pour conséquence d'autoriser des poursuites différentes à l'encontre des mêmes personnes mais aussi à raison des mêmes faits, sans pour autant que la règle non bis in idem soit méconnue.

12. Un arrêt de la chambre criminelle du 17 mars 1976 est très net à cet égard en ce qu'il censure une cour d'appel qui avait relaxé un employeur en considérant que la menace dont il avait usé pour contraindre un délégué du personnel à accepter une mutation défavorable pour l'exercice de son mandat devait être regardée comme une simple tentative qui avait manqué son effet en raison de l'opposition d'un syndicat et de l'intervention de l'inspecteur du Travail (Bull. crim. n° 178).

●●● situation réglementée par le Code du travail, celle de la coordination, qui a été assez vite identifiée comme une niche d'erreurs par les services du ministère du Travail eux-mêmes, puisqu'elle est l'un des objets du décret du 13 mars 2009, qui s'est efforcé de corriger diverses malfaçons commises initialement.

Néanmoins, en ce qu'elle a créé temporairement une rupture de continuité dans l'application de la règle pénale, elle reste en soi imparable et il n'est pas certain en outre que, sur un autre aspect de la coordination, le nouveau dispositif ne puisse être pris en défaut, ce qu'on tentera d'expliquer après avoir rappelé en quoi consistait l'erreur initiale.

Au départ, l'article R. 238-18 énonçait qu'aux fins précisées à l'article L. 236-1 et sous la responsabilité du maître d'ouvrage, le coordonnateur exerce certaines missions qui sont en résumé les suivantes : veiller au respect des principes généraux de prévention, élaborer et appliquer le plan de coordination au cours de la réalisation de l'ouvrage, tenir compte des interférences avec les activités d'exploitation, présider le collège inter-entreprises et prendre les dispositions nécessaires pour que seules les personnes autorisées puissent accéder au chantier.

Cet article est long, très long même, ce qui en fait une cible privilégiée pour l'application du précepte : « *une idée, un article* ».

Mais dans sa configuration initiale, il a le mérite de lister de façon exhaustive les attributions du coordonnateur tout en rappelant la responsabilité du maître d'ouvrage pour l'ensemble de ces attributions, responsabilité qui peut être recherchée non seulement sur le plan civil mais aussi sur le plan pénal.

Les inspecteurs du Travail utilisaient fréquemment les dispositions de cet article R. 238-18 pour rappeler aux maîtres d'ouvrage leurs obligations en matière de coordination, notamment en cas d'absence de plan général de coordination, brandissant la menace d'une responsabilité pénale susceptible d'être engagée sur la base de l'article L. 263-10 (*devenu L. 4744-4*) lequel prévoyait et prévoit toujours une amende de 9 000 € à l'encontre des personnes physiques (*texte non applicable au coordonnateur lui-même, faute d'être*

*expressément visé, v. Cass. crim. 1<sup>er</sup> sept. 2005, n° 387949*).

L'article R. 238-18 a fait l'objet d'un éclatement lors de la recodification. Son contenu a été ventilé dans les articles R. 4532-11 à R. 4532-16. Mais à la lecture de l'article R. 4532-11 (*1<sup>er</sup> de la série*), on s'est aperçu que la responsabilité du maître d'ouvrage n'était plus la même puisqu'elle se limitait désormais à la seule mise en œuvre des principes généraux de prévention définis aux articles L. 4531-1 et L. 4532-16.

Par contre-coup, le coordonnateur devenait autonome dans l'exercice de ses missions et ses éventuelles lacunes ou manquements ne révélaient plus la carence du maître d'ouvrage pas plus qu'ils ne permettaient d'engager sa propre responsabilité pénale, tant qu'un accident du travail n'en était pas résulté.

Le décret du 13 mars 2009 viendra mettre bon ordre dans cette articulation normative non maîtrisée en modifiant la formule de l'article R. 4532-11 où sera réintégrée la précision essentielle selon laquelle le coordonnateur exerce ses missions sous la responsabilité du maître d'ouvrage.

Ce faisant, des poursuites pénales à l'encontre de ce dernier redeviendront possibles à partir du constat d'une défaillance du coordinateur dans l'une ou l'autre de ses missions, même s'il n'y a pas accident.

Pour autant, toute difficulté issue de la recodification est-elle écartée en matière de coordination ? Il se pourrait que non si l'on considère le champ d'application des règles en la matière en particulier eu égard à la nature, éventuellement publique de la maîtrise d'ouvrage.

L'ancien article L. 631-3, qui excluait la compétence des inspecteurs du Travail pour dresser procès-verbal dans les établissements de l'État, est devenu L. 8113-8, lequel prévoit désormais que « *les dispositions de l'article L. 8113-7 ne sont pas applicables à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics administratifs* ».

Donc, si on lit bien, les collectivités territoriales sont désormais exclues du champ des compétences de l'inspection du Travail, notamment en ce qui concerne l'établissement de procès-verbaux, y compris pour défaut de coordination.

Or, ces collectivités territoriales sont souvent des maîtres d'ouvrage, en particulier lors de la construction de collèges et de lycées, et elles doivent à ce titre respecter les règles sur la coordination, de la même manière qu'une personne privée. Par quel canal désormais les éventuels manquements aux obligations du maître d'ouvrage seront-ils traités pénalement ? S'agit-il d'un transfert indirect du constat des infractions vers d'autres fonctionnaires soumis quant à eux au Code de procédure pénale ou doit-on en conclure que les maîtres d'ouvrage de droit public bénéficient désormais d'un traitement de faveur qui confine à une immunité pénale dans le domaine envisagé ?

## 2 LE DÉSACCORD

Après ces différentes observations, vient le moment d'exprimer un réel désaccord avec certains choix opérés par les recodificateurs. Ce désaccord concerne d'abord l'utilisation d'un terme, au demeurant essentiel pour notre matière, celui d'employeur, dont on observe qu'il a été généralisé, y compris dans les dispositions de nature pénale, en remplacement d'autres vocables, dont celui de chef d'entreprise, lequel apparaît au contraire comme le grand perdant de la recodification.

Avant d'évoquer l'irruption du mot « employeur » dans les dispositions répressives elles-mêmes, les conséquences qui peuvent en résulter et qui sont loin d'être toutes maîtrisées, qu'il nous soit permis de faire une remarque plus large sur ce terme qui a toujours été présent dans les parties du code consacrées aux relations contractuelles et conventionnelles du travail, mais qui restait jusque-là principalement affecté à la désignation de la partie patronale aux dites relations.

On rappellera en effet que lorsqu'on abordait les parties de l'ancien code consacrées à la réglementation des conditions de travail ou aux relations collectives institutionnelles, la tendance était plutôt au contraire à privilégier l'expression de « chef d'établissement » ou celle de « chef d'entreprise ».

Ces dernières expressions avaient-elles acquis un caractère obsolète ou obscur tel qu'il fallait les extirper de leur support habituel ? Entrés de

longue date dans la langue juridique, ces termes ne consacrent à notre connaissance aucune impropriété sur le fond et donne lieu à une très large utilisation allant au-delà du droit du travail proprement dit et englobant toutes les branches du droit ayant pour objet l'entreprise<sup>13</sup>.

En outre, dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité du travail, il avait été clairement montré que ces expressions, et singulièrement la première, avaient succédé à celle de « chef d'industrie », employée par les premiers grands textes en la matière, ce qui avait le mérite de souligner le caractère purement légal des obligations pesant ici sur le titulaire du rôle patronal et, plus subtilement peut-être, de traduire l'attention portée, depuis l'origine des textes, au contenu des comportements humains d'autorité quant à la genèse des risques d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique en milieu de travail

Désormais c'est donc de « l'employeur » dont il est question, tout aussi bien pour désigner le débiteur des obligations légales ou réglementaires de sécurité que pour identifier l'interlocuteur des représentants du personnel. La dimension purement individuelle et « patrimoniale » de la relation de travail prend du même coup le pas sur toutes les autres, sans que l'on comprenne clairement le pourquoi d'un tel choix.

Un choix qui tolère du reste nombre d'exceptions puisque l'expression « chef d'entreprise » se trouve maintenue contre toute attente dans certaines dispositions légales comme lorsqu'il est question de droits qui n'ont pas vocation à s'exercer dans le rapport de travail subordonné classique. On citera par exemple l'article L. 6222-38 qui traite des aides accordées en vue d'aménagements en faveur des personnes handicapées, l'article L. 6122-3 relatif au financement de certaines actions de formation professionnelle ou encore l'article L. 4142-3, s'agissant du PEE du conjoint du chef d'entreprise.

Le vocable se trouve maintenu également en matière de réglementation du travail, par exemple au sujet du protocole de sécurité (art. R. 4515-11), au sujet de la prévention d'exposition aux rayons (R. 4451-8) ou au sujet du colège interentreprises de sécurité (R. 4532-80). Le vocable se trouve maintenu enfin de ●●●

<sup>13</sup>. Ce que corrobore le vocabulaire juridique de H. Capitant (par G. Cornu), 4<sup>e</sup> Ed., p. 146, où l'on peut dire au mot « chef d'entreprise », la définition suivante : « Personne ou groupe de personnes qui se trouve à la tête de l'entreprise et qui en assume à la fois la direction et la responsabilité, aussi bien dans le domaine économique que social (dispose de certains pouvoirs, d'ordre réglementaire ou disciplinaire inhérents à sa qualité. »

●●● façon épisodique dans la matière des institutions représentatives et de la participation aux résultats de l'entreprise, qu'il s'agisse de la présidence du comité d'entreprise européen (*art. L. 2342-1*) ou du calcul de la réserve de participation (*art. L. 3324-3*).

À moins que, de façon plus inexplicable encore, les nouveaux textes utilisent simultanément les deux termes, tel l'article L. 2142-10 qui évoque à la fois l'employeur puis le chef d'entreprise, à propos des réunions syndicales, comme s'il s'agissait d'expressions totalement équivalentes.

Pourtant, à l'occasion d'interventions précédentes, le législateur a su se montrer soucieux du sens précis du terme « employeur » et de l'utilité qu'il y avait à en préserver la portée technique.

Ce fut en particulier le cas lors de la réforme du dispositif de lutte contre le travail illégal où, au moment de la discussion, au Sénat, du texte portant sur les éléments constitutifs du délit de travail dissimulé (*futur L. 324-10*), le rapporteur de la Commission des affaires sociales déclarait : « Dans le 4<sup>e</sup> alinéa, concernant la dissimulation d'emploi salarié, l'Assemblée a rétabli le mot "employeur", de préférence aux mots "personnes physiques ou morales" ». Cette modification a été justifiée par le fait qu'elle concerne la dissimulation de salariés, qui ne peut être le fait que d'un « employeur » (*Sénat, 26 févr. 1997, n° 232*).

Apparaissait alors au premier plan le souci d'identifier clairement la personne à laquelle il peut être reproché de pratiquer une telle dissimulation et qui ne peut être que celle pour le compte de laquelle le salarié non déclaré accomplit sa prestation, autrement dit son cocontractant occulte mais bien réel.

Pourquoi ne pas avoir persévéré dans cette voie, quitte à fournir à un moment donné une définition du rôle d'employeur qui aurait montré l'intérêt d'une utilisation rigoureuse de ce terme en cohérence avec l'un des objectifs de la recodification ?

On ne saisit guère les raisons de cette mutation terminologique qui concerne également dans une certaine mesure une autre expression consacrée, celle de « représentant », naguère associée à celles d'employeur ou de chef d'entreprise et qui a parfois disparu des textes qui l'utilisaient, comme si

à une époque où la jurisprudence sociale semble enfin vouloir tenir compte du phénomène si vital des délégations de pouvoirs dans l'entreprise, afin notamment d'en tirer les conséquences au plan de la validité des actes juridiques accomplis par le délégataire, le Code du travail effectuait le mouvement inverse en effaçant soigneusement les traces d'une prise en compte par la loi du partage fonctionnel des pouvoirs de direction et du pouvoir disciplinaire.

Disparition partielle cependant, puisqu'on trouve encore le terme « représentant » employé dans la description du fonctionnement du comité d'entreprise. En vérité, le mot a disparu du texte qui décrit la composition de l'institution représentative (*L. 2334-1*) mais de façon inexplicable il s'est maintenu dans celui qui détermine la fréquence des réunions (*L. 2325-14*).

Non sans paradoxe, le mot « représentant » va même prendre pied de façon nouvelle dans l'intitulé de la 1<sup>re</sup> section du chapitre 1<sup>er</sup> du Titre IV de la partie consacrée à la réglementation des conditions de travail, puisque cette première section, si importante pour le pénaliste en ce qu'elle définit la sanction des infractions aux règles de santé et de sécurité, s'intitule désormais : « *Infractions commises par l'employeur ou son représentant.* »

Suit immédiatement l'article L. 4741-1, qui est comme l'on sait le siège du principal délit pénal accompagnant les obligations particulières de sécurité et d'hygiène définies par les chapitres correspondants du Code du travail. Cet article L. 4741-1 succède au très célèbre L. 263-2, dans une formulation fortement renouvelée ou, comme il se doit, nous trouvons cités « l'employeur » à la place du chef d'établissement et où en outre, il n'est plus question des directeurs et gérants, mais seulement du « préposé » (*on pourra cependant noter la survivance de l'ancienne énumération à l'article L. 4741-7 qui traite de la responsabilité civile de l'employeur du fait de ses subordonnés, v. infra*) : « L'employeur ou le préposé qui, par leur faute personnelle, etc. »

Pourquoi « le préposé » dans l'article L. 4741-1 et non le « représentant » qui, semble-t-il, l'annonce ? Pourquoi le « représentant » dans l'intitulé de la section et non le « préposé » à la même place ?

Parler du préposé et en reparler d'ailleurs dans les articles subséquents pouvait sans doute plus utilement mener sur la piste de la délégation pénale de pouvoir, dont nous savons maintenant qu'elle ne peut être détenue que par un préposé soit de l'entreprise où elle est appelée à déployer ses effets, soit du groupement d'entreprises qui lui sert de périmètre élargi.

Les derniers arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui traitent de ces questions montrent bien qu'il n'y a pas de transfert de responsabilité pénale possible sur la tête du prétendu délégataire si celui-ci n'est pas uni par un lien de préposition avec l'entreprise unique ou au moins avec l'une des entreprises groupées<sup>14</sup>.

Mais si, en désaccord avec l'intitulé de la section, c'est le mot « *préposé* » qui doit l'emporter dans le texte d'incrimination lui-même, alors on se demandera quel est le commettant du préposé pénalement responsable. Il semble logique qu'il s'agisse de l'employeur cité en tête de l'article L. 4741-1, ce qui donnerait une certaine unité au « *couple* » ainsi mis en exergue et justifierait d'une certaine façon la variation terminologique. Malheureusement, on ne peut guère répondre à cette question par l'affirmative, car, en jurisprudence, le préposé déclaré pénalement responsable n'est pas nécessairement le préposé de l'employeur de la victime de l'infraction, lequel est incontestablement visé par le terme situé en tête du texte.

Pour bien comprendre, on peut donner deux exemples de cette disjonction entre lien de préposition et délégation.

Le premier est tiré de la loi elle-même et du texte qui, en matière de travail temporaire, met le respect des obligations relatives aux conditions de travail à la charge de l'utilisateur de l'intérimaire, lequel, comme chacun sait, n'est pas son employeur au sens contractuel du terme. S'il survient une infraction dont est victime le travailleur intérimaire, alors il y aura peut-être poursuite et condamnation d'un préposé délégataire, mais ce préposé délégataire ne sera pas celui de l'employeur de l'intérimaire, il sera celui de l'utilisateur, tiers au contrat de travail.

Le deuxième exemple nous ramène à la dernière jurisprudence sur le jeu des délégations pénales à l'échelle des groupes. Lorsque, le 13 octobre

2009, la chambre criminelle censure une cour d'appel pour avoir fondé la responsabilité de l'une des personnes morales sur le constat du lien de préposition entre le délégataire responsable de l'infraction et la personne morale pour le compte de laquelle il accomplit cette prestation de travail très particulière, elle sous-entend du même coup que le délégataire responsable peut parfaitement engager la responsabilité d'une entité qui n'est pas son employeur. Il faut et il suffit qu'il soit un préposé de l'une des entreprises groupées et qu'il ait reçu une délégation couvrant un périmètre élargi. Donc le délégataire n'est pas, ou pas toujours, le préposé de l'employeur responsable.

Il est vrai que l'article L. 4741-1 énonce « *le fait pour l'employeur ou le préposé* » et non « *le fait pour l'employeur ou son préposé* », ce qui d'une certaine façon pourrait répondre à l'objection en permettant de dire que le texte ne prend pas parti sur le lien juridique qui unit éventuellement le premier au second.

Mais alors, si la chose était si claire, pourquoi avoir intitulé la section « *Infractions commises par l'employeur ou "son" représentant* ». Est-il si sûr que le délégataire, qui encore une fois n'est pas toujours le préposé de l'employeur mis en cause, soit néanmoins le représentant de ce dernier ? Qui pourrait soutenir qu'il y a là des variations terminologiques favorables à une bonne compréhension des solutions en la matière ?

C'est la raison pour laquelle il convient d'approuver sans réserve l'initiative, prise par le Parlement suite à la proposition de loi relative à la « *simplification* » et à l'amélioration de la qualité du droit actuellement en cours de discussion, de revenir sur la réécriture de cette partie du Code du travail, en substituant d'abord dans l'intitulé de la section 1 précitée, le mot « *délégataire* » au mot « *représentant* » et surtout, car c'est là à proprement parler que se situe la règle de droit, en remplaçant, au premier alinéa de l'article L. 4741-1, les mots « *le préposé* » par les mots « *son délégataire* » (*proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit n° 130 adoptée par l'Assemblée nationale et en lecture au Sénat depuis le 3 décembre 2009*). Ce qui donnerait : « *l'employeur ou son délégataire qui par leur faute personnelle, etc.* » La même modification, ●●●

<sup>14</sup> Cass. crim. 13 oct. 2009; *Semaine sociale Lamy* n° 1428, note A. Coeuret. La trace de ce lien se découvre dès 1994 lorsqu'il fut fait référence au « *lien hiérarchique* » entre le dirigeant de la société mère et le préposé désigné comme étant le responsable de l'infraction (Cass. crim., 26 mai 1994, Dr. soc. 1995, p. 344, note A. Coeuret); on le retrouve de façon plus explicite encore dans l'arrêt du 13 octobre 2009 précité où le délégataire déclaré responsable de l'infraction est le préposé de l'une des entreprises groupées, ce qui a obligé la chambre criminelle à préciser que la personne morale responsable n'est pas celle qui l'emploie mais celle qui emploie la victime de l'infraction.

●●● toucherait l'article L. 4741-2 relatif au paiement de l'amende en cas d'accident du travail ayant donné lieu à condamnation pénale<sup>15</sup>.

Si une telle réécriture est approuvée, alors l'objection précédente tombera car, dans cette nouvelle rédaction, le délégataire responsable peut ne pas être le préposé de l'employeur de la victime (*schéma de l'arrêt du 13 octobre 2009*), il est néanmoins reconnu comme son délégataire au terme d'une habilitation plus complexe que d'ordinaire, qu'il appartient au juge pénal saisi de l'affaire de vérifier au cas par cas.

Si une telle modification était adoptée, elle serait en vérité d'une grande portée car, pour la première fois, la délégation pénale ferait explicitement son entrée dans le Code du travail, à défaut de la faire dans le Code pénal, ce, après deux tentatives avortées, la seconde d'extrême justesse en 1992, au terme d'un arbitrage en commission mixte paritaire terminant l'adoption du Livre I<sup>er</sup> du nouveau Code pénal.

Que la délégation de pouvoir entre par la petite porte du Code du travail alors qu'elle concerne *a priori* toutes les dimensions du droit pénal de l'entreprise est une autre bizarrerie qu'il ne nous appartient pas de commenter dans le cadre de cette contribution. Cependant, on nous permettra d'exprimer notre satisfaction devant une solution qui fait sortir la délégation de pouvoirs du statut essentiellement prétorien dans lequel elle se trouvait enfermée depuis 1902 (*Cass. crim., 28 juin 1902, Bull. crim. n° 237, DP 1903, T. 1, p. 585, note Roux*).

L'extraire de ce statut, non pas tant pour la protéger d'un improbable revirement, tant l'ensemble des juges répressifs, générations après générations, ont adhéré à cette construction subtile par laquelle, en droit pénal de l'entreprise, la sanction pénale a pu conserver son crédit, mais tout simplement, pour la mettre en conformité avec le principe de légalité des délits et des peines, lequel impose qu'il soit fait mention dans la loi de ce mécanisme original d'imputation des infractions, même si son régime restera à l'évidence, en maints aspects, purement jurisprudentiel.

En sorte qu'on serait enclin finalement à remercier le recodificateur pour cette issue positive née peut-être de la perplexité suscitée par les

termes introduits dans les textes qu'il a retouchés ?

Cependant, il faut assortir de tels remerciements, non feints, d'une nouvelle réserve qui porte sur le choix – maintenu celui-là – du terme « *employeur* » à l'article L. 4741-1, terme qui est venu, comme on l'a dit, remplacer celui de chef d'établissement, qu'une jurisprudence constante lisait comme désignant le chef d'entreprise.

Pour faire comprendre les enjeux qui, du point de vue du droit pénal, s'attachent à ce dernier changement de terminologie, on citera simplement un passage de l'introduction d'une étude fort documentée publiée récemment à la Revue de sciences criminelles : « *L'objet de cet article est de s'interroger sur la portée de la généralisation du terme "employeur" à la place de celui de chef d'entreprise dans la nouvelle rédaction du Code de travail, lorsqu'une infraction aux règles de santé et de sécurité est commise dans une entreprise. En effet, en raison de ce changement terminologique, il ne semble plus possible d'engager la responsabilité pénale des dirigeants de la personne morale* » (*C. Benoit-Renaudin « Recodification du Code du travail et infraction aux règles de santé et de sécurité : une nouvelle donne en matière de responsabilité des chefs d'entreprise », RSC 2009, p. 331 et s.*).

Et l'auteur de développer ensuite sa pensée pour démontrer que ce que le Parlement n'est pas parvenu à faire en 1992, lors de l'adoption du nouveau Code pénal et de la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, les recodificateurs à droit constant du Code du travail l'ont indirectement permise, à tout le moins, ils auraient procuré un argument de texte essentiel à la thèse officieuse selon laquelle, en matière d'infractions techniques et d'imprudence, seules les personnes morales doivent faire l'objet de poursuites pénales sauf les cas dans lesquels une personne physique aurait commis une faute d'une particulière gravité<sup>16</sup>.

Sous-entendant avec raison que le vocable « *employeur* » ne peut désigner que le groupement, support patrimonial de l'entreprise, en tant qu'auteur de l'infraction toutes les fois que c'est à lui que se trouve lié le salarié victime de l'infraction, la thèse est considérable. Elle l'est quand bien même s'il vient à l'esprit une possible

15. De même à l'art. L. 4741-7 mod., qui traite de la responsabilité civile des « employeurs » du fait des condamnations prononcées contre diverses personnes physiques ayant qualité de décideur, serait-il question désormais des « délégataires » à la place des « préposés ».

16. Ce sont les termes mêmes de la circulaire du garde des Sceaux du 13 février 2006, adressés aux procureurs généraux à la suite de la généralisation de la responsabilité des personnes morales, qui constitue en rigueur de termes, une simple préconisation.

objection tirée du caractère « à droit constant » de la recodification, lequel devrait faire obstacle à ce que la responsabilité pénale des personnes physiques disparaisse toutes les fois que l'employeur est une personne morale, puisqu'elles sont historiquement les premiers débiteurs des obligations violées et que cette priorité n'a pas été directement mise en cause lors de l'adoption du nouveau Code pénal, ni à l'occasion des réformes postérieures.

Cependant, en y réfléchissant, cette objection porte à faux car, sur la question si importante de l'articulation des responsabilités entre personnes physiques et personnes morales, on ne peut raisonnablement soutenir que soient réunis à ce jour les éléments permettant d'identifier la présence d'un droit constant.

En effet, après quinze ans de mise en pratique des nouvelles dispositions, le sens de l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal reste mystérieux, les décisions du fond sont passablement contradictoires, la Chambre criminelle est taisante sur ce point.

On s'accorde d'ordinaire à considérer que le cumul est possible mais qu'il n'est pas imposé par ce texte, des poursuites alternatives pouvant parfaitement avoir lieu si le ministère public se détourne de l'organe ou du représentant de la personne morale<sup>17</sup>.

L'organe, c'est justement le chef d'entreprise, principal dirigeant, personne physique naguère désignée explicitement par le Code du travail comme le premier responsable pénal de la violation des règles de sécurité.

Aujourd'hui, de par la modification de l'article L. 4741-1, cet organe pourrait être ignoré non seulement lors de l'imputation du délit prévu par le Code du travail, mais également par contrecoup pour imputer celui du Code pénal en cas d'homicide ou de blessures involontaires liées à un accident du travail, puisque le délit spécial du Code du travail fournit l'élément moral de l'infraction de droit commun.

On ne saurait aller jusqu'à affirmer que les juges répressifs vont forcément prendre appui sur cette modification terminologique pour cesser de respecter le principe même de la responsabilité du chef d'entreprise, lequel jusqu'à présent doit

invoquer une délégation régulière s'il veut échapper à la répression après avoir été préalablement mis en cause.

Mais, dans le contexte d'une réécriture permanente du régime de la responsabilité pénale des personnes morales, on peut pronostiquer que l'élimination de toute référence au chef d'entreprise va troubler nombre d'acteurs et conduire à plaider que, le dirigeant poursuivi n'ayant pas lui-même la qualité d'employeur, le texte d'incrimination ne lui est pas applicable et qu'il est dès lors impossible de le condamner sur la base de ces textes. Limitée par hypothèse aux cas où l'entreprise correspond à une personne morale, la solution risque de mettre à mal le principe d'égalité devant la loi pénale<sup>18</sup>.

Si bien que, pour cette raison et pour d'autres, qui procèdent plus directement d'un souci de prévention des infractions liées à la sécurité du travail et au rôle de la vigilance humaine, on en vient à préconiser que l'organe puisse demeurer un responsable possible. Cela reviendra alors à soutenir que les recodificateurs du code se sont trompés en privilégiant ici le vocable « employeur », lequel doit en vérité être interprété comme désignant toujours d'abord une personne physique et, dans un second temps seulement, une personne morale.

Par conséquent, nous estimons que loin d'assurer une meilleure intelligibilité de la règle de droit concernant les responsabilités pénales en matière d'accidents du travail réalisés ou redoutés, le choix du vocable « employeur » opacifie le débat et participe à l'éviction d'un autre vocable, celui de « chef d'entreprise », dont le sens et l'utilité sont loin d'être dépassés.

En a-t-on terminé avec les reproches ? Pas complètement, car l'apparition de ces nouveaux responsables que sont les personnes morales a, semble-t-il, fâcheusement fasciné le recodificateur du Code du travail.

À quelques « encablures » du texte dont nous parlons, en effet, se situe l'article L. 4741-11 qui est la reprise de la règle introduite par la loi du 6 décembre 1976 relative à la prévention des accidents du travail, règle aux termes de laquelle, à l'issue de poursuites pénales pour accident du travail en cas de situation gravement ●●●

*17. Selon la dernière jurisprudence de la chambre criminelle, le ministère public n'a pas obligation d'identifier précisément l'organe ou le représentant auteur direct de l'infraction si l'obligation violée est de celles qui se rattachent au fonctionnement de l'entreprise ou à sa politique commerciale. V., par ex., Cass. crim., 1<sup>er</sup> déc. 2009, Dr. Pén. 2010, n° 74, note J.-H. Robert. En 1997, elle en avait néanmoins fait une exigence préalable à l'imputation de l'infraction à la personne morale, ce qui montre l'absence de stabilité des solutions en la matière à partir d'une réflexion qui va jusqu'à remettre en question le fondement même de la responsabilité pénale des personnes morales considérées désormais par beaucoup comme artificiel et trop complexe. La Cour de cassation a le 11 juin 2010 repoussé une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause cette « lecture » de l'article 121-2 du Code pénal (n° 09.87884 D; Juris-data n° 008735).*

*18. Ultime incohérence, le préposé personne physique, resterait quant à lui tenu des mêmes infractions parce qu'expressément visé par le texte !*

●●● désorganisée, un plan de sécurité peut être imposé à l'entreprise (*sur le détail du régime du plan, v. notre ouvrage précit., p. 364 et s.*).

Certes, dans le texte lui-même, c'est toujours de « l'entreprise » dont il est question (et pas de l'employeur) mais ce texte fait désormais partie d'une section 3 qui s'intitule « *dispositions particulières aux personnes morales* ».

Le plan de sécurité ne concernerait-il donc que les entreprises montées en forme sociétaire ? Comment comprendre autrement la référence initiale aux personnes morales ? Le titre de la section ne pouvait-il pas plutôt viser « *les entreprises* » en harmonie avec le libellé de la règle elle-même ?

Depuis 1976, ce texte est peu appliqué, mais est-ce la référence à l'entreprise qui explique cette quasi-désuétude ou des raisons plus profondes liées à la présence de certaines conditions contradictoires dans le dispositif lui-même <sup>19</sup> ?

En réalité, toutes les entreprises, même et peut-être d'abord les entreprises individuelles, sont *a priori* concernées par cette mesure qui vise à rétablir des conditions normales de sécurité en leur sein. Pour qu'elle devienne effective, il suffirait juste de la rendre cumulative et non plus alternative avec une condamnation pénale du chef des infractions qui la fondent.

Là encore, introduire la référence aux personnes morales se révèle inopportun car cela consiste, sans doute à l'insu des rédacteurs, à revenir sur un choix de fond du législateur de 1976, celui de prendre en compte la dimension collective et hiérarchisée de l'organisation du travail humain.

Le plan de sécurité, son contenu le révèle, procède d'une photographie de cette réalité et des importants dysfonctionnements qui l'affectent quant à la sécurité des personnes, la sécurité des membres de cette communauté de travail qu'on se plaît à mettre en avant lorsqu'il s'agit de trancher le sort des salariés dont le lieu d'exercice des droits collectifs est incertain. Cette communauté de travail, qui est le premier élément constitutif de l'entreprise au sens du droit du travail, apparaît en contrepoint de la décision imposant un plan de sécurité. Qu'importe si le financement de celui-ci incombe à un individu ou à un groupement de droit. Ce qui compte en définitive, c'est l'impact

de la mesure, un impact collectif par nature, propre à l'entreprise en tant qu'organisation.

## 3 LE CODE DU TRAVAIL N'EST PAS UNE ÎLE

On terminera cet exposé par ce avec quoi on l'a commencé, c'est-à-dire par le rappel que tout le droit pénal du travail ne se trouve pas dans le Code du travail, qu'il faut considérer également le Code pénal et se soucier de l'harmonie entre l'un et l'autre, le premier devant céder le pas au second en tant que porteur des dispositions les plus générales, sauf à constater les conditions pour que s'applique la maxime *specialia generalibus derogant*.

Prenons acte que cet objectif a été partiellement réalisé par les recodificateurs. Ainsi, cela a été fait à propos des peines fulminées par les textes d'incrimination, en systématisant l'utilisation de la conjonction de coordination « *et* », pour ce qui est des peines principales, ainsi qu'en supprimant l'expression « *ou l'une de ces deux peines seulement* », ce qui, contrairement à ce qui a parfois été dit, ne fait en rien disparaître la fonction d'individualisation du juge et son pouvoir de ne prononcer qu'une seule peine, dans le respect des *maxima* prévus pour les personnes physiques et désormais aussi pour les personnes morales.

De même, faut-il approuver pour une raison identique la correction introduite à l'article L. 1152-1 définissant le harcèlement moral et selon laquelle désormais il est question de la dégradation de « *ses* » conditions de travail, s'agissant du salarié qui subit les agissements de harcèlement et non plus la dégradation « *des* » conditions de travail. Ce passage du pluriel au singulier ne signifie pas que le délit ne peut jamais concerner un collectif de personnes mais plutôt qu'il n'est pas un délit formel et nécessite le constat par le juge de la présence de « *victimes* » en situation de subir un préjudice <sup>20</sup>.

En revanche, cet objectif d'harmonisation n'a malheureusement pas pu recevoir une traduction à propos de certains groupes d'infractions comme les délits de discrimination, lesquels, pour éventuellement les mêmes agissements, déclenchent des peines de niveaux extrêmement différents

19. En particulier, la condamnation est subordonnée au préalable que les personnes poursuivies aient été relaxées alors même que la réalité des manquements n'est pas douteuse, hypothèse qui n'a jamais correspondu aux solutions privilégiées par les tribunaux. 20. Les tribunaux avaient déjà eu l'occasion sous l'empire de l'article L. 122-49 de l'ancien code de retenir cette « lecture » du texte dans lequel désormais l'esprit est en accord avec la lettre (C.A. ch. cor. Grenoble, 16 avr. 2007, n° 0600439).



(3 750 € d'amende pour la discrimination syndicale envisagée côté Code du travail, 45 000 € et trois ans d'emprisonnement côté Code pénal pour le même motif à partir du délit général des articles 225-1 et s.), ce qui est proprement incompréhensible et entretient une image dévaluée de ce qu'entend protéger la loi sociale.

Une dernière harmonisation aurait pu être réalisée et l'a finalement été, suite à l'adoption de

loi sur la simplification du droit. Elle concerne le délit de harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral. Le premier alinéa de l'article L. 1155-2 du Code du travail ne fait plus référence aux sanctions pécuniaires minimales qu'il comportait auparavant et renvoie directement à celles que prévoit le Code pénal pour les mêmes infractions, renvoi qui illustre pertinemment la relation devant exister entre les deux codes.<sup>21</sup> ■

*21. Cette mise en harmonie s'effectue désormais dans le cadre de la proposition de loi relative « aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », adoptée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, lors de la séance du 29 juin 2010 (art. 35).*

# L'accessibilité et l'intelligibilité du droit du travail français depuis le nouveau code

## Point de vue de praticiens

Table ronde animée par **Françoise Champeaux**, Rédactrice en chef de la *Semaine sociale Lamy*

---

## Du bon usage du code

**Françoise Champeaux**, Rédactrice en chef de la *Semaine sociale Lamy*

**A**près le temps de la genèse, celui de la critique parfois polémique, voici venu l'heure d'un premier bilan, deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail. Répond-il aux exigences du Conseil constitutionnel liées à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit? Vaste question dont il a déjà été abondamment débattu.

Ce colloque, largement centré sur la parole des experts, se devait aussi d'associer les acteurs de terrain dont on connaît la diversité en droit du travail : magistrats, avocats, juristes d'entreprise, responsables des ressources humaines, syndicalistes, conseillers prud'homaux... Tous ont accepté de répondre à l'enquête de Lise Casaux, preuve de leur intérêt, voire de leur attachement au nouveau Code du travail. Ce dernier a été conçu pour eux : une logique utilisateur, une approche thématique, une idée par article, une numérotation à quatre chiffres... Les acteurs sont-ils comblés? Si la satisfaction est globalement au rendez-vous, quelques inquiétudes subsistent.

### LA FORCE DES HABITUDES

L'ancien Code du travail avait ses faiblesses mais les utilisateurs les avaient intégrées. Le plan était peu ou

prou connu, et certains articles fortement emblématiques. Avec le nouveau code, les utilisateurs ont perdu leurs repères, lancent des avis de recherche sur des articles introuvables, déplacés, scindés... Mais patience, le temps fera son œuvre et chacun devrait s'appropriier ce nouvel outil.

Les inquiétudes se focalisent, particulièrement chez les avocats, sur le caractère à droit constant de la requalification. L'indemnité forfaitaire en cas de travail dissimulé, l'exécution provisoire des jugements du conseil de prud'hommes en cas de requalification du CDD en CDI sont, entre autres exemples, pointées du doigt. Sur ce front, la chambre sociale de la Cour de cassation a promis de veiller.

Mais la réalité nous rattrape. Pour évaluer le nouveau Code du travail, encore faut-il avoir un code, ce dont manque cruellement le Conseil des prud'hommes de Toulouse. Pauvre justice!

Un Code du travail peut-il être intelligible et accessible aux praticiens si le droit du travail lui-même n'est que complexité, technicité, sédimentation?

Autant de thèmes qu'il vous faut découvrir... ■

# Point de vue des magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation

Éléments de réponse commune à l'enquête « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* »

Passés les premiers mois d'application, la chambre sociale peut difficilement se livrer à une évaluation d'ensemble du « nouveau » Code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, puis de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008. Les questions suscitées par la nouvelle codification surgissent au gré des pourvois et portent nécessairement sur un point de droit particulier. Les réponses apportées dans ses arrêts ne sauraient emporter une appréciation générale sur le nouveau code ni traduire un avis sur les choix de codification opérés par le législateur.

Les observations suivantes peuvent cependant être faites.

Le nouveau plan du code, la scission des articles et la fusion de la partie réglementaire en facilitent la consultation et la lecture. Les tables de concordance et le logiciel CODACOD constituent des outils utiles pour passer d'une version à l'autre du code, bien qu'incomplets, et non actualisés pour le second.

L'application des textes issus de la recodification a cependant constitué une difficulté supplémentaire dans l'examen des pourvois.

Faisant application des dispositions de l'article 57 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, qui a habilité le gouvernement à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail, la chambre sociale considère que la nouvelle codification s'est faite à droit constant dans les conditions prescrites par ce texte. La grande majorité des arrêts rendus depuis le 1<sup>er</sup> mai 2008, qui, jusqu'à récemment, ont mentionné les textes issus de l'ancienne comme de la nouvelle versions avec l'une ou l'autre des formules « *article L...-.. recodifié L...-..* » ou « *article L...-.. devenu L...-..* » ne révèlent pas de difficultés et établissent au contraire que, pour les dispositions concernées par ces arrêts, il y a bien identité de fond des deux versions successives du code.

Lorsqu'elle a relevé des différences entre les deux versions de nature à poser des difficultés d'interprétation du nouveau texte, le principe de la recodification à droit constant s'est imposé comme un élément important de cette interprétation, la chambre sociale considérant que sauf dispositions contraires expresses, la recodification s'est faite à droit constant.

Peuvent être notamment cités : l'arrêt du 29 avril 2009 (n° 08-60.484) relatif à l'application l'article L. 2143-6 du Code du travail qui remplace l'article L. 412-11 concernant

les conditions de désignation des délégués syndicaux dans les établissements de moins de 50 salariés d'une entreprise de plus de 50 salariés; les arrêts du 8 décembre 2009 (n° 08-43.089, n° 08-42.90, n° 08-43.158, n° 08-44.022 et n° 08-40.991), relatifs à l'application de l'article L. 782-7, devenu L. 7322-1, concernant les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire; l'arrêt du 27 janvier 2010 (n° 08-44.376) relatif à l'application de l'article L. 2411-3 concernant le délai de protection du conseiller du salarié.

Enfin, la chambre sociale a eu l'occasion de faire application de textes non repris dans le Code du travail (*art. L. 773-1 à L. 773-29*) relatifs aux « *assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes de droit privé* » et que l'ordonnance précitée du 12 mars 2007 a intégré dans le Code de l'action sociale et des familles aux articles L. 423-1 à L. 423-35 (*Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-43.868*).

Globalement, la chambre sociale se satisfait pleinement de ce nouvel outil. Peu de nouvelles difficultés sont apparues dans l'application du code « *renové* » si on excepte l'oubli malencontreux du second alinéa de l'ancien article L. 321-1 qui disposait que les règles figurant au chapitre sur le licenciement pour motif économique « *sont applicables à toute rupture du contrat de travail consécutive notamment à l'une des causes* » prévues par ce texte et qu'il a donc fallu réintroduire (*art. L. 1233-3, al. 2, mod. depuis par la loi du 25 juin 2008*). Son usage s'avère au contraire souvent facilité et, surtout, la portée des textes, très souvent éclairée par la refonte effectuée et par le plan adopté. Ainsi en va-t-il, par exemple, en matière d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. Un récent pourvoi, qui posait la question du périmètre de l'obligation de réentraînement au travail et de rééducation professionnelle des « *salariés malades ou blessés* » édictée par l'article L. 5213-5, illustre parfaitement le propos : le nouvel ordonnancement des textes (article inclus dans le Titre I<sup>er</sup> du Livre II intitulé « *Travailleurs handicapés* ») a permis de se convaincre aisément qu'en dépit de sa formulation générale visant « *les salariés malades ou blessés* », l'obligation ne pouvait concerner que les seuls salariés handicapés.

La « *recodification* » peut donc être jugée réussie... Est-ce à dire qu'elle contribuera à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit du travail? Rien n'est moins sûr et il faudrait être singulièrement optimiste pour l'affirmer en l'état des textes multiples et sans cesse remaniés relatifs au droit social... ■

# Point de vue de conseillers prud'hommes

## Nouveau Code du travail et exercice de la justice prud'homale

**Jean Mader**, Président du Conseil des prud'hommes de Toulouse

**Philippe David**, Vice-Président du Conseil des prud'hommes de Toulouse

Il ne nous a pas semblé judicieux, alors que le sujet est largement abordé par d'autres intervenants, d'évoquer la recodification du Code du travail sous un angle technique. En revanche, il nous est apparu plus instructif d'apporter un éclairage sur le Conseil de prud'hommes, son activité, ses difficultés de fonctionnement, ses résultats et son devenir.

Le Code du travail a cent ans, le Conseil de prud'hommes de Toulouse en a cent soixante. Il a été créé par délibération du conseil municipal de la commune, le 25 novembre 1850, et installé en 1856 par la volonté d'un commerçant, Théodore Fulgence Ozenne. 172 conseillers ont traité l'année dernière 4392 affaires qui relèvent pour 37 % de la section commerce, pour 26 % de la section « *activités diverses* », 20 % de l'encadrement, 16 % de l'industrie et enfin, 1 % de la section « *agriculture* ». Ces pourcentages reflètent les secteurs d'activités économiques de Toulouse et du ressort du conseil.

La moitié de ces conseillers ont été nouvellement élus en 2008. Cet élément est important au regard du thème de la recodification : il révèle que la moitié des conseillers prud'hommes actuellement en poste n'ont pas d'élément de comparaison entre ancien et nouveau code, ayant commencé à travailler directement sur le nouveau code. Le « nouveau » Code du travail n'est en fait nouveau que pour les anciens conseillers renouvelés en 2008, lesquels doivent s'efforcer d'oublier l'ancien...

Cette recodification ne nous paraissait pas essentielle dans les actions à engager pour améliorer le fonctionnement de notre juridiction. Les articles du Code du travail se sont enrichis d'un chiffre et la difficulté pour les conseillers consiste depuis à faire la recherche de la nouvelle codification de l'article, sans quasiment aucun moyen.

Le formatage des conseillers prud'hommes à la nouvelle codification aurait pu trouver un espace avec un outil, le CODACOD, mais pour cela... il faut disposer d'un ordinateur.

## DÉNUEMENT DE MOYENS

Autant qu'il puisse paraître d'un autre temps, il n'y a pas d'ordinateur pour les conseillers, au Conseil de prud'hommes de Toulouse, sauf 1... pour 172 personnes. Ce dernier a été installé à la bibliothèque du conseil en 2003, mais ne permettait de consulter, jusqu'il y a quelques semaines, que des CD-Rom. Sept ans après, le mois dernier, il vient d'être relié à Internet...

Le président et le vice-président du conseil ne sont pas mieux lotis que les conseillers. Ils sont totalement dépourvus d'ordinateur pour exercer convenablement leurs fonctions administratives et juridictionnelles, et la dernière conférence budgétaire au Tribunal de grande instance de Toulouse au mois de mai dernier, nous laisse toujours dans l'attente d'une réponse favorable à notre demande d'informatisation.

Parfois, nous avons pensé à nous faire sponsoriser... ce qui est évidemment impossible au regard de notre nécessaire indépendance.

Désinformatisés, nous aurions pu nous rabattre sur le Code du travail, avec sa table de concordance, mais pour cela il faut disposer... de codes du travail !

Est-il normal, comme nous le précisons lors de l'audience solennelle de rentrée du conseil le 15 janvier 2010, que les codes du travail 2009, au nombre de 14 pour 172 conseillers, attribués aux présidents et vice-présidents du conseil, des sections et de chambre, ne leur aient été remis qu'au mois de décembre 2009 ?

Est-il normal qu'un ouvrage de référence pour les juristes en droit du travail (dont nous taïrons le nom pour ne pas faire de publicité, qui comporte quatre lettres, qui commence par L et termine par Y...) ne soit pas à la disposition des conseillers prud'hommes ?

Le nouveau Code du travail 2010 est aujourd'hui arrivé, le *L.Y* aussi, mais il est réservé aux juges départiteurs. Pour toute consolation, les conseillers pourront toujours consulter celui de 2009, qui vient d'être remis en bibliothèque...

## LA JUSTICE EST PAUVRE, PAUVRE JUSTICE

Et si nous parlions de la formation des conseillers prud'hommes ?

Les magistrats de carrière ont l'École de la magistrature, qui forme à l'exercice des fonctions.

Les conseillers prud'hommes, depuis la loi du 6 mai 1982, ont la possibilité de bénéficier de six semaines de formation durant leur mandat de cinq ans.

Six semaines de formation sont particulièrement insuffisantes, notamment du fait du caractère évolutif du droit du travail, lorsque ne s'y ajoute pas une nouvelle codification du Code du travail.

Bientôt trente ans que rien n'a bougé de ce point de vue, que rien n'a changé, que le temps alloué pour la formation est toujours au niveau de ce que le législateur de l'époque avait estimé raisonnable, mais qui ne l'est plus. En 1980, le Code du travail comportait 1 487 pages et pesait 550 grammes... celui de 2010 en a 3 001 et pèse 1 448 grammes. L'appréhension du droit du travail en tant que juge prud'homal, l'analyse juridique, la pratique du syllogisme, l'acquisition des techniques de rédaction, la motivation des jugements, tout cela n'est pas inné.

Les besoins de formation sont bien présents et les nouvelles normes, issues du décret du 25 août et de la circulaire du 16 septembre 2009 qui régissent les temps de rédaction des jugements, ne sont pas de nature à favoriser la qualité du travail rendu.

## TRAVAILLER VITE ET BIEN MALGRÉ TOUT N'EST PAS UN EXERCICE FACILE

Malgré toutes ces tracasseries, les résultats sont là, les jugements sont rendus, mais à quel prix ?

Les avocats, les délégués syndicaux qui sont les plaideurs à la barre, tant que l'oralité des débats sera la règle, apportent lors des débats une aide certaine aux conseillers, qui vérifient la bonne application de la règle de droit énoncée. Les conseillers plus anciens viennent en aide à leurs jeunes collègues pour apporter leur expérience, les aider dans leur mandat et faire que cela se traduise par une qualité reconnue des jugements prud'homaux.

Le faible taux de réformation des jugements par la chambre sociale de la cour d'appel est là pour en justifier.

Plus anecdotique, mais elle en dit long sur notre « statut »... Il est encore une situation anormale, qui pourrait dissuader les salariés et employeurs d'exercer un mandat prud'homal. Les conseillers prud'hommes sont des magistrats qui doivent bourse délier pour exercer leurs missions, notamment lorsqu'ils stationnent leur véhicule

dans des parcs payants, seuls disponibles en ville. Les frais de stationnement, qui pourraient être pris en charge par le ministère de la Justice, comme une circulaire le précise, ne le sont pas. Ils restent à la charge des conseillers.

Les conseils de prud'hommes : une juridiction à part entière... mais entièrement à part.

## QUEL DEVENIR, DANS CES CONDITIONS, POUR NOTRE JURIDICTION ?

Le fort pourcentage d'abstention lors des élections prud'homales du 3 décembre 2008 a conduit le gouvernement à confier une mission à un Haut Magistrat, Monsieur Jacky Richard, qui vient de rendre un rapport qui pourrait conduire à la suppression des élections prud'homales au profit de la désignation des conseillers (*sur cette question, v. A. Chevillard, « Conseils de prud'hommes et procédure prud'homale : quelles réformes ? », Dr. soc. 2010, p. 919*).

La représentativité syndicale comme moyen de désignation des conseillers prud'hommes ne peut apporter une réponse satisfaisante, car tous les salariés ne travaillent pas dans une entreprise où on élit des représentants du personnel. Ce serait ainsi 4 à 5 millions de salariés, travaillant dans de très petites, petites et moyennes entreprises ou encore dans le secteur artisanal, qui seraient privés d'expression dans la procédure de désignation des juges prud'homaux. Il ne saurait suffire de projeter les résultats des élections professionnelles, issus de la loi sur la représentativité syndicale, pour attribuer proportionnellement aux organisations syndicales des sièges pour de futurs conseillers qui seraient alors désignés. Ce sujet, qui nous éloigne du code, mériterait un autre colloque. ■

## Point de vue d'un avocat

**Pascal Saint Geniest**, Avocat au barreau de Toulouse, spécialiste en droit social, Bâtonnier désigné de l'Ordre

**L** on sait quel était le but, éminemment louable, assigné à la mission de recodification ; le praticien privilégié qu'est l'avocat ne pouvait y être que sensible.

Deux ans après, l'objectif poursuivi est-il atteint ? C'est la question qui m'est posée, mais elle est évidemment plus complexe et doit se décomposer en plusieurs autres interrogations.

Le nouveau Code du travail est-il plus simple ? Incontestablement, oui.

La logique de son plan, le fait que les praticiens se réfèrent moins souvent à sa table alphabétique, les articles législatifs suivis immédiatement des articles réglementaires sont quelques-unes des indices de ce succès.

Mais j'entends déjà des protestations. L'utilisation n'est-elle pas plus complexe pour moi qui suis tellement habitué à l'ancien code ? Je suis obligé d'acquiescer. Quel esprit normalement constitué ne serait-il pas gêné lorsque ses références quotidiennes depuis presque trente ans sont bouleversées ? Et la modification de la numérotation de nos articles fétiches, d'utilisation quotidienne, nous laisse comme orphelins. Pourtant, je ne vois là que la traduction de la résistance naturelle de l'esprit humain au changement de ses habitudes.

La recodification est-elle intervenue à droit constant ? Pour la troisième fois, je réponds par l'affirmative, aidé en cela par la volonté du législateur et par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Et pourtant, des doutes, déjà, m'ont pris, dont je peux donner quelques exemples.

La réécriture de l'article L. 8223-1, qui octroie au salarié victime de travail dissimulé une indemnité forfaitaire de rupture égale à six mois de salaire, ne reprend pas la formule de l'article L. 324-11-1 qui prévoyait une exception : « *À moins que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles ne conduisent à une solution plus favorable* ».

De telle sorte que la jurisprudence qui, chaotiquement, s'était développée quant à l'interprétation de ce texte, n'a plus aujourd'hui le moindre sens pour le lecteur du nouveau code. Au-delà même du cumul avec les dommages-intérêts

pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le texte actuel oblige à se poser la question du cumul de l'indemnité forfaitaire avec l'indemnité de licenciement, plus rien ne l'excluant désormais.

Un autre exemple peut être trouvé dans la nouvelle rédaction des textes sur l'exécution provisoire des jugements du conseil de prud'hommes en cas de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Une jurisprudence, certes unique et non publiée, avait considéré que le caractère exécutoire du jugement ne s'attachait qu'à l'indemnité de requalification, à l'exclusion de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans que le texte alors en vigueur prévoie cette limitation ; le seul fondement possible – mais il me semble faible – de cette analyse était de constater que le principe de l'indemnité de requalification était prévu par le même texte que celui relatif à l'exécution provisoire.

La scission de l'article L. 1222-3-13 en deux textes différents ne permet plus à cette jurisprudence de se maintenir, sauf à figer artificiellement la règle de droit, fut-elle prétorienne, ce qui n'a jamais été le but poursuivi par la recodification.

L'objectif serait-il donc rempli puisque j'ai répondu oui aux trois premières questions ?

Mais j'en vois aussitôt une quatrième à laquelle seule une réponse négative me paraît possible : la recodification restera-t-elle à droit constant ? Évidemment non et c'est logique, puisque le droit ne peut être constant qu'à l'instant de la mise en application du texte nouveau. Les principes d'interprétation reprendront bientôt leur cours et je ne peux pas imaginer qu'ils s'affranchiront de la rédaction des textes nouveaux pour se référer à l'ancien code.

Une telle pratique n'aurait aucun sens.

D'ailleurs, à règle de droit identique, la jurisprudence, en ce compris celle de la Cour de cassation, est elle-même variable. Comment n'en irait-il plus de même demain à partir de textes différemment rédigés ?

J'ajoute que l'idée d'une sorte de glaciation du droit paraît quelque peu effrayante et que, comme citoyen, j'ai

tendance à lui préférer, selon une formule depuis longtemps classique, la notion d'un flexible droit.

Les avocats sont rarement étrangers à ces évolutions puisque, pour qu'une solution soit retenue par un juge, il faut, presque toujours, qu'un plaideur la lui suggère.

Les avocats, en effet, s'ils sont des juristes, le sont d'un genre un peu particulier. Ce sont des combattants du droit, dont la mission sacrée est de faire triompher, dans toute la mesure du possible, les intérêts de la cause qui leur est confiée.

Il me plaît, à cet instant, de rappeler ici et non sans émotion le souvenir de mon maître et patron, le Bâtonnier Philippe Lafarge, qui aimait à dire, au retour d'une audience difficile : « J'ai réussi à leur faire croire qu'ils n'avaient rien compris... »

Au total, je crois, comme praticien du Code du travail,

que ce qui a été réalisé par la mission de recodification sera mesuré sous peu (s'il ne l'est déjà), comme un apport exceptionnel à la facilité d'accès au droit social, du moins si le législateur ne s'emploie pas à détruire la cohérence de l'ensemble.

Vous l'avez compris, au-delà de l'agacement qu'il peut parfois ressentir, l'avocat ne peut qu'être sensible à la cohérence du nouveau Code du travail. D'ailleurs, comment un avocat pourrait-il être contre le changement ? Le changement est le signe de la vie.

Alors, vous me permettez de dire, devant un parterre aussi prestigieux, que la vie c'est aussi le travail, et de penser que le droit social et son évolution sont en général le travail des avocats. ■

## Point de vue syndical – FO

Véronique Lopez-Rivoire, Responsable service juridique confédération Force Ouvrière

**L'**intervention du président du Conseil de prud'hommes de Toulouse, M. Jean Mader, a mis en lumière le cruel manque de moyens dont souffrent les conseils de prud'hommes.

L'absence de Code du travail dans les conseils de prud'hommes paraît tout simplement inconcevable. Comment parler de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit du travail si on doit faire le triste constat que les conseillers prud'hommes ne disposent pas de Code du travail !

Le président du Conseil supérieur de la prud'homie, Jean-François Merle, présent dans cette salle, ainsi que le directeur général du Travail, Jean-Denis Combrexelle qui a évoqué dans son intervention son obsession, ainsi que celle et ceux qui ont participé à la mission de recodification, de l'intérêt général, doivent être pris à témoins de cette pénurie et de la réduction drastique de budgets dont souffrent certains conseils de prud'hommes.

En tant que représentante FO dans la commission *ad hoc* des partenaires sociaux lors de la mission de recodification, je dois souligner le travail intense qui a été réalisé sur une période de deux ans et demi, ce qui est relativement

court pour la recodification d'un Code du travail si on compare avec la recodification d'autres codes.

En ce qui concerne FO, nous avons travaillé dans un esprit constructif, c'est-à-dire sans opposition systématique mais avec une vigilance de tous les instants, notamment pour que le droit constant soit respecté (*v. Infojuridique n° 53, avr. 2006, « Le point sur la recodification du Code du travail » ; n° 57, avr. 2007, « La recodification au milieu du gué »*).

### AUJOURD'HUI, QUEL BILAN PEUT-ON EN TIRER ?

Tout d'abord, la nouvelle codification entraîne inévitablement une perte des repères, une perte des classements qui structuraient la pensée. Il y a un deuil à faire de la familiarité et fréquentation de l'ancienne numérotation.

Bien qu'ayant participé à la commission des partenaires sociaux et ayant vécu « *de l'intérieur* » le travail de recodification, je ne suis pas pour autant familière de la nouvelle numérotation.

Aussi, j'évite soigneusement de passer par Codacod pour éviter les anciennes habitudes et j'utilise la table alphabétique, ainsi que nous l'enseignons à tous nos ●●●

●●● militants, défenseurs syndicaux, conseillers prud'hommes etc.

## PEUT-ON CONVENIR D'UNE MEILLEURE ACCESSIBILITÉ ET INTELLIGIBILITÉ DU DROIT ?

On note, incontestablement, des améliorations : par exemple, des définitions et des champs d'application en tête de chaque livre, des harmonisations de vocabulaire (exemple : résiliation devient rupture, délai-congé est remplacé par préavis), des regroupements de dispositions éparses (exemple : un livre spécial a été créé sur la protection des salariés protégés, un livre sur le travail illégal), des codifications de textes non codifiées (exemple : loi sur la mensualisation), des dispositions pénales placées dans un chapitre après les dispositions auxquelles elles s'appliquent, des subdivisions plus nombreuses, des intitulés plus clairs, des articles auparavant extrêmement longs (exemple : en matière de licenciement économique) plus lisibles.

## DES FRUSTRATIONS DEMEURENT

Tout d'abord, notre immense regret de ne pas avoir obtenu un chapitre préliminaire au début du code qui aurait regroupé les dispositions fondamentales du droit du travail qui irriguent toute la relation de travail (principe de non-discrimination...) demeure. Le Professeur Gérard Couturier citait d'ailleurs, dans son intervention, Gérard Lyon-Caen qui, précurseur, indiquait déjà tout le sens et l'intérêt d'avoir un titre préliminaire. À titre de « consolation », le recodificateur a prévu des dispositions préliminaires à l'intérieur de chaque chapitre.

Par ailleurs, la logique « utilisateur » a été un choix assumé du recodificateur. Ainsi, une meilleure accessibilité de la règle de droit a prévalu mais parfois au risque d'une perte de sens. On peut citer pour exemple le déplacement du licenciement économique de la partie « *Emploi* » vers la partie « *Relations individuelles* ». Or, le licenciement économique n'est pas réductible à un acte individuel de rupture. Cette vision individualisée de la relation de travail occulte la mise en cause de l'emploi.

Le plan lui-même semble insuffisamment abouti. Structuré en 8 parties, le plan opère une distinction classique (mais pour autant est-elle toujours pertinente?) entre « *Relations individuelles* » (partie 1) et « *Relations collectives* » (partie 2), suivi ensuite de 6 autres parties qui n'ont leur place ni dans les relations individuelles ni dans les relations collectives.

La migration de certaines dispositions du Code du travail vers d'autres codes constitue également un des gros inconvénients de ce nouveau code. C'est certainement

cette question du périmètre du Code du travail qui a fait et qui fait toujours l'objet de vives critiques tant en terme de « dispersion » du salariat et d'atteinte à son unité, qu'en terme d'accessibilité de la règle de droit et d'utilisation pratique. La logique « utilisateur » prônée par le recodificateur semble ici mise à mal, l'utilisateur devant désormais manier plusieurs codes.

La scission des articles n'est pas non plus sans poser certains problèmes d'intelligibilité de la règle de droit. Certes, le principe « une idée par article » posé par le recodificateur est gage de clarté. Néanmoins, dans le passé, l'article pouvait dans un alinéa 1<sup>er</sup> annoncer un principe et dans un alinéa 2 une exception.

## DÈS LORS QUE LE PRINCIPE ET L'EXCEPTION SONT MIS AU MÊME NIVEAU, LA FORCE DU PRINCIPE N'EST-ELLE PAS AMOINDRIE ?

Parfois, la scission des articles pose tout simplement un problème d'accessibilité du droit car les deux articles se trouvent très éloignés l'un de l'autre.

L'exemple est flagrant en matière de droit à la formation économique, sociale et syndicale. Ainsi, un salarié qui sera ultérieurement appelé à exercer des fonctions syndicales voit ses droits à formation inscrits dans deux articles très éloignés l'un de l'autre et qui ne sont même pas dans la même partie du Code du travail ! En effet, dans l'ancien code, ces droits étaient fixés dans l'article L. 451-1 alinéa 4 du Code du travail, à savoir douze jours pour les salariés et dix-huit jours pour les animateurs et les salariés amenés à exercer des responsabilités syndicales.

Aujourd'hui, l'article L. 3142-9 du Code du travail, situé dans une sous-section consacrée aux congés de formation économique et sociale et de formation syndicale (elle-même située dans le Titre IV du Livre I<sup>er</sup> de la Partie III relative aux « *congés payés et autres congés* »), indique que la durée totale de ces congés ne peut excéder douze jours pour un salarié et dix-huit jours pour un animateur. C'est un autre article, l'article L. 2145-1, situé dans la 2<sup>e</sup> partie du code, qui prévoit la durée de dix-huit jours pour les salariés amenés à exercer des fonctions syndicales.

La disparition des formules impératives est aussi un élément mal ressenti par les salariés utilisateurs du droit dans les entreprises.

Désormais, on trouve des formules du type « *le comité est informé* » à la place de « *le comité doit être obligatoirement informé* ». Même s'il s'agit d'une exigence « technique » imposée dans tout exercice de recodification (selon les recommandations du guide de « *légistique* » en ligne sur



*Légifrance*), il en résulte un sentiment d'affaiblissement de la règle de droit, surtout dans le domaine des rapports sociaux. Le Professeur Pierre-Yves Verkindt l'a très bien souligné dans son intervention.

En outre, la frénésie législative est telle que les nouveaux textes qui sont insérés dans le Code du travail ne sont pas tous passés au crible du guide de légistique et risquent de comporter à nouveau des formules du type « *doit obligatoirement* ». *Quid* alors de la juxtaposition dans un même code de formules impératives et de formules indicatives ? Enfin, chacun sait que l'indicatif n'a pas toujours valeur impérative et qu'il peut avoir une simple valeur descriptive.

## **DERNIER POINT, ET CE N'EST PAS LE MOINDRE : LE DROIT CONSTANT**

Le respect du droit constant a été notre préoccupation récurrente lors des travaux de recodification au sein de la commission des partenaires sociaux. Tout d'abord, parce que c'est une exigence constitutionnelle, ensuite et surtout parce qu'il ne fallait pas que l'utilisation d'un nouveau terme ou qu'un changement de place de certains articles dans le code puisse entraîner une régression des droits des salariés.

Aujourd'hui, la Cour de cassation s'est prononcée par deux arrêts du 29 avril 2009 (n° 08-60.484) et 27 janvier 2010 (n° 2010-051325) rappelant que « *sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant* ».

Pouvons-nous être ainsi définitivement rassurés ?

Pas totalement. Des incertitudes demeurent sur le respect du droit constant.

Si nombre de coquilles et d'erreurs matérielles ont d'ores et déjà été corrigées, des solutions jurisprudentielles ont été codifiées (malgré le principe fixé par la DGT et la commission de recodification de ne pas codifier la jurisprudence) de manière très discutable (*on peut citer en exemple la consécration à l'article L. 1235-5 de l'arrêt du 5 février 2003, n° 01-01672, de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui contredit l'ancienne rédaction des articles L. 122-14-5 et L. 122-14-4*).

Enfin et surtout, nous ne sommes pas sûrs de l'avenir. Comme l'a fort justement exprimé le professeur Pierre-Yves Verkindt : « *Quand on jette un mot dans l'espace public, on en perd la maîtrise.* »

Le Code du travail est un outil, un instrument dont chacun se sert en fonction de l'argumentation qu'il veut soutenir.

Ce n'est pas un hasard si, dans l'enquête dirigée par Lise Casaux-Labrunée, 73 % des magistrats de carrière spécialisés estiment que la recodification s'est faite à droit constant, alors qu'au contraire 54 % des avocats interrogés ont le sentiment inverse.

Il ne faut pas négliger la dimension dialectique du droit.

Si les mots ont un sens, prétendre pour autant que nous en sommes maîtres serait une bien grande vanité. ■

## **Point de vue syndical – CGT**

### **Utiliser le Code du travail aujourd'hui, est-ce plus simple ?**

**Claudy Ménard**, Représentant de la confédération CGT

**T**raiter de cette question implique nécessairement de répondre à plusieurs autres. Tout d'abord, il convient de restituer la mission du Code du travail qui est de « *protéger les salariés et leurs droits* ». C'est donc au regard de cette mission que l'objectif d'efficacité du Code du travail, aujourd'hui, doit être examiné. Et quand, moins de deux ans après la recodification, le ministre du Travail parle d'une nouvelle nécessité de simplifier, nous ne pouvons être qu'interpellés.

Parler de rendre l'accès au code plus simple est un postulat intéressant pour peu qu'il ne vise pas à nous rendre un code simpliste, inapte à remplir sa mission initiale au nom de la sécurité juridique et de la simplification.

Quant au Code du travail, issu de ces deux ans et demi de recodification, est-il à droit constant ?

L'œuvre de la doctrine et le travail de la Cour de cassation (au travers de nombreux arrêts cités dans ce colloque) ont fortement contribué à la constance des ●●●

●●● textes existants lors de la recodification. Dans ce cadre, la vigilance et le travail que nous avons pour notre part effectués, en tant que syndicalistes, au sein de la commission *ad hoc* des partenaires sociaux, ont joué un rôle essentiel pour que la constance du droit soit maintenue. Abrogation et intégration de jurisprudences étaient au menu de la première réunion mais, suite à nos interventions, elles ont disparu par la suite. Le recours déposé par la CGT au Conseil d'État, si le vote de la loi n'a pas permis qu'il soit jugé, a contribué à la remise à droit constant de nombreuses dispositions.

Nous avons également veillé au risque de déclassement de certains articles : le fait que l'attribution des compétences des juridictions prud'homales et inspecteurs du Travail reste du domaine de la loi était par exemple essentiel. La création des DIRECCTE (directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) montre l'importance que pouvait avoir le fait que les attributions de l'inspecteur du Travail, fonctionnaire à l'indépendance protégée par la convention n° 81 de l'OIT, soient inscrites dans la loi.

S'agissant des externalisations vers d'autres codes de certaines dispositions de l'ancien Code du travail, nous considérons qu'elles alourdissent les conditions d'utilisation du nouveau Code du travail et portent en germes la création de droits différenciés selon les professions.

Mais la vigilance restera de rigueur. En effet, comme l'indique la circulaire du 30 mai 1996, droit constant ne

veut pas dire exercice neutre : « *En principe, les codes sont produits en retenant la présentation des textes dans leur rédaction en vigueur au moment de la codification sans mêler à cet effort une réforme du fond du droit. Telle est la portée de ce qu'on nomme la codification "à droit constant"... Au contraire, en fournissant aux auteurs de projets de réforme une base de textes clairs, ordonnés et en vigueur, la codification prépare la réforme et la simplification ultérieure des textes.* »

Quant à la perte, du fait du nouveau code, des repères sur l'histoire des textes et leur sédimentation, elle rend bien sûr plus difficile toute référence au contexte qui a présidé à leur construction quand il s'agira de les interpréter. L'usage d'un code ancien s'avérera bien utile. Les textes avaient les racines de l'arbre pour les stabiliser, ils sont maintenant devenus des champignons sans attache.

Enfin, les interventions précédentes ont montré que l'effectivité du code, c'est aussi une histoire de moyens pour les praticiens et tous les utilisateurs. En effet, rendre opérant le Code du travail suppose des juridictions du travail ou des agents de contrôle en nombre suffisant, avec des moyens suffisants. Ce n'est pas le cas aujourd'hui.

Comme nous l'avions indiqué lors de la commission *ad hoc*, une réussite de la recodification nécessitait aussi des moyens en formation. Ils n'ont pas été mis en place.

Pourtant, passer de son travail quotidien à l'usage du Code du travail est une gageure que doit réussir au jour le jour chaque élu ou mandaté dans l'entreprise. Cela n'a rien d'évident et mérite bien que l'on y prête attention. ■

# L'après-Code du travail : rectifications et suivi du nouveau code

**Hervé Lanouzière**, Directeur du Travail, ancien chef de la mission « *Recodification du Code du travail* », Conseiller technique à la Direction générale du Travail

**T**out est affaire de point de vue (et l'expression prend ici tout son sens) des différents utilisateurs du Code du travail. Ni les diverses interventions entendues durant ce colloque ni surtout les résultats de l'enquête réalisée auprès des usagers ne démentent ce qui semble être maintenant une évidence et que je résumerai ainsi : « *À chacun son Code du travail.* »

Chacun sa temporalité, chacun sa problématique, chacun son intérêt à agir. Selon d'où l'on parle, le même article du code, la même disposition réglementaire prennent un autre sens, contiennent d'autres enjeux : le salarié, l'employeur, le DRH, l'inspecteur du Travail, l'avocat, le juge, le syndicaliste, le juriste, l'universitaire (et parmi eux, le publiciste, le travailliste), le fonctionnaire européen, le législateur, etc. Chacun conçoit, interprète le Code du travail à travers son propre prisme. Chacun se focalise sur les paramètres qui le préoccupent, occulte naturellement tout ce qui ne relève pas de son champ de préoccupations et croit percevoir dans les modifications du nouveau Code du travail un signe, un message, une intention ou simplement une conséquence qu'il a tût fait, pour peu que cette modification ne rejoigne pas sa compréhension antérieure du texte, de mettre sur le compte de l'erreur. Aussi faudra-t-il revenir sur la notion même d'erreur et c'est ce que je m'attacherai à faire dans la suite de cette intervention pour répondre à la question qui est posée : quels suivis et rectifications après la recodification ?

Mais avant même de parler des rectifications, arrêtons-nous sur le suivi lui-même du nouveau code, sur sa « *maintenance* ».

## ► « Maintenance »

La question du « *service après vente* » s'est posée dès le démarrage des travaux de recodification. Les partenaires sociaux y étaient particulièrement sensibles, désireux de savoir si le travail de rationalisation législative que nous entreprenions serait respecté à l'avenir et comment il le serait. Aussi, l'équipe de la DGT a rencontré les codificateurs du Code général des collectivités territoriales (CGCT), qui les avait précédés, dès le mois de mars 2005, afin de bénéficier de leur expérience. Ceux-ci insistent sur la nécessité de tirer partie de la codification pour maintenir les acquis des nouvelles règles de légistique ce qui, dans leur cas, s'était traduit par la mise en place d'une mission législative pérenne chargée d'assurer la veille juridique et d'anticiper les effets sur le CGCT de toute modification.

Une telle initiative semble tomber sous le sens. Pour autant, une telle mission n'a pas été créée à la DGT. Il n'est pas sûr qu'il faille le regretter.

Pourquoi ? Une mission législative permanente paraît de prime abord souhaitable car elle serait en quelque sorte le « *gardien du temple* », garante du respect de la cohésion recherchée dans le nouveau code. Mais c'est méconnaître le processus d'élaboration des textes que de prétendre en rationaliser durablement la production. De nombreux rapports ont été écrits sur ce point et il faut bien sûr tendre à améliorer la qualité de la production législative et réglementaire. Mais c'est une tâche qui s'accommode mal des réalités circonstancielles dans lesquelles naît toujours une norme.

Ainsi, le positionnement interne d'une telle mission n'est déjà en soi pas simple. Où ●●●

●●● placer la mission légistique dans l'organigramme d'un ministère ? Quand situer son intervention ? Très en amont, au stade du projet, alors que ce dernier va passer par de très nombreuses consultations et donc modifications pendant plusieurs semaines, voire plusieurs mois ? Ou plus en aval, mais après que de nombreuses modifications aient déjà été adoptées au fil des consultations précitées (départements ministériels, organisations professionnelles, etc.), tout en sachant que le texte est le résultat d'un (parfois fragile) équilibre ? Et que dire d'un texte directement inspiré du fruit d'une négociation dont il faut respecter l'esprit et parfois la lettre ?

En réalité, dans le processus d'élaboration de la norme, c'est-à-dire dès l'instant où le projet de texte quitte les bureaux techniques qui en ont conçu le premier jet, pour entamer un long cheminement de consultations, le texte échappe à ses premiers rédacteurs. Imagine-t-on le « *gardien es légistique* » corriger les libertés prises par le législateur avec les règles de la légistique, alors que le projet qu'il examine est le fruit d'un compromis chèrement obtenu, résultat de nombreux allers-retours et arbitrages ? Chaque amendement devrait-il être « *lu et approuvé* » par le « *légisticien* » ? Poser la question, c'est y répondre...

D'où l'on pourra déduire d'ailleurs que ces questions de légistique ne sont pas que des questions de forme ou que « *la forme, c'est bel et bien le fond révélé* », ce qui donnera de l'eau au moulin des détracteurs de la recodification, qui pensent qu'aucun changement rédactionnel, aucun déplacement d'article n'est neutre et sans effet.

Si on pousse le raisonnement à l'extrême, alors effectivement, il ne fallait pas recodifier... ne pas toucher à cet édifice historique dont les contradictions disent et reflètent aussi la richesse, qui laisse place au doute, aux interprétations, à la créativité jurisprudentielle. Mais cet argument est-il encore audible lorsque l'équilibre de l'édifice est devenu tellement périlleux qu'on n'ose même plus y pénétrer ?

Ce débat est certes désormais derrière nous, mais nous sommes justement là pour faire le bilan et ces propos préliminaires me semblaient importants. Car prétendre corriger les erreurs du nouveau code, c'était là aussi revenir sur un pro-

cessus de trois ans qui avait fait lui-même l'objet de multiples consultations, validations, arbitrages et compromis, qu'un jour on jugera peut-être à leur tour historiques ! Après tout, le nouveau Code du travail est lui aussi le fruit d'un équilibre chèrement obtenu, au prix de travaux au cours desquels tous ceux qui avaient façonné le précédent code ont eu voix au chapitre.

Corriger donc, certes, mais à condition qu'il s'agisse bel et bien d'une erreur... et non pas du résultat assumé de l'application des quelques marges de manœuvre dont disposaient les recodificateurs. Rappelons-les une fois encore : harmoniser les textes, assurer leur cohérence rédactionnelle, abroger des textes devenus sans objet, respecter la hiérarchie des normes, corriger les erreurs (ainsi, par exemple, c'est en connaissance de cause et non par erreur que la violation de certaines dispositions transférées dans la partie IV du Code du travail est devenue punie par des peines délictuelles alors qu'elles l'étaient auparavant par des contraventions. Car si ces dispositions ont été insérées dans la partie IV, c'est qu'elles en relevaient et que la volonté du législateur a été de correctionnaliser les infractions liées à la santé et sécurité au travail. Il aurait été inconcevable que la violation de deux dispositions de même nature, côte à côte, soient l'une passible de contraventions et l'autre de peines délictuelles...)

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 2010 est une autre illustration de ce que l'on considérerait à tort comme la révélation d'une erreur. Que s'est-il passé avec cet arrêt ? En matière de protection contre le licenciement, il n'existait pas dans l'ancien Code du travail de liste légale des catégories de salariés protégés au titre d'un mandat. Les dispositions concernant les règles de rupture applicables à ces salariés étaient éparpillées et certaines dispositions figuraient même dans des codes autres que le Code du travail (dix-sept mandats protégés avaient été recensés). Cette absence de lisibilité était source d'insécurité juridique pour les salariés comme les employeurs. L'idée était donc de les fusionner dans un chapitre unique composé d'un nombre ramassé d'articles. Toutefois, les rédactions adoptées dans l'ancien code n'étaient pas toujours les

mêmes selon les mandats et renvoyaient tantôt aux dispositions applicables au délégué syndical, tantôt à celles applicables au délégué du personnel ou au membre du comité d'entreprise. Ainsi, des règles à première vue similaires cachaient en fait des différences de régime (délais de protection, règles de procédure) qu'une recodification à droit constant interdisait d'harmoniser simplement.

À défaut de pouvoir fusionner les différents régimes, une solution intermédiaire consistait *a minima* à les rapprocher pour en accroître la visibilité. Cette visibilité accrue des mandats a bien sûr eu pour effet d'accroître la visibilité de leurs différences de régime, ce dont les protagonistes ont tenté de tirer partie dans l'affaire ayant conduit à la décision du 27 janvier 2010.

L'article L. 122-14-16 ancien régissait en effet le licenciement du salarié inscrit sur la liste des conseillers chargés d'assister les personnes convoquées à un entretien préalable de licenciement. Ce licenciement était soumis à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du même code, autrement dit la procédure applicable au délégué syndical. L'article L. 412-18 étendait sa protection à l'ancien délégué syndical durant les douze mois suivant la cessation de ses fonctions. Mais l'article L. 122-14-16 ne visait, lui, que « *le licenciement du salarié inscrit sur la liste* », ce qui, selon une lecture littérale conforme au droit constant, ne permettait pas, dans les nouvelles rédactions d'articles, d'étendre expressément la protection au salarié n'étant plus inscrit sur la liste (rappelons au passage que le codificateur n'est pas habilité à codifier la jurisprudence). *Quid*, dès lors, du conseiller licencié dans les douze mois suivant la parution de la nouvelle liste sur laquelle il ne figure pas ?

Saisie de l'interprétation de l'article L. 122-14-16 antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code, la Cour de cassation a considéré, dans une première décision du 19 juin 2007, que la procédure s'appliquait aussi à l'ancien conseiller. Ce faisant, elle adoptait une définition extensive de la notion de « *procédure d'autorisation administrative* », le renvoi à la procédure prévue à l'article L. 412-18 étant assimilé à un renvoi à l'ensemble des dispositions de cet article. Saisie à nouveau d'un cas similaire sous l'empire du nouveau code,

la Cour a maintenu sa position, peu important que le nouvel article L. 1232-14, tout en ayant adopté une rédaction inspirée de la précédente (« *le licenciement du conseiller du salarié est soumis à la procédure d'autorisation administrative prévue par le Livre IV de la deuxième partie* »), ait sensiblement élargi le renvoi antérieur, pour tenir compte des scissions de l'ancien article L. 412-18. Faute d'une référence précise à ce dernier, cet élargissement mettait-il fin au raisonnement antérieur ? Non, dit la Cour de cassation. Par « *procédure d'autorisation* », il faut comprendre, comme avant, l'ensemble du régime de protection accordé au délégué syndical, car, sauf dispositions contraires, la recodification s'est effectuée à droit constant.

Il est heureux que la Cour de cassation ait pris cette orientation équitable mais elle seule pouvait le faire. Il reste que cette décision pointe bien l'existence persistante de différences de régimes entre mandats qui pourraient conduire, dans le cadre d'un autre exercice que la codification, à des propositions de réforme visant à harmoniser et à simplifier les dispositions relatives aux salariés protégés, proposition que la Commission supérieure de codification avait appelée de ses vœux durant les travaux. Mais d'erreur on ne peut donc pas parler ni même de nécessaire correction. C'est la mise en évidence par le travail de recodification d'une incohérence antérieure manifestement non voulue par le législateur qui est en cause dans cette affaire. Et c'est tout le mérite de la recodification que d'avoir rendu visible ce type d'incohérences (et que dire des champs d'application...). L'objet même de la codification est d'ouvrir ce type de chantiers.

## ► Corrections « post-recodification »

Trois grands moments ont jalonné néanmoins la parution du nouveau code et ont donné lieu à des « *rectifications* » :

– la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007 ;

– le décret n° 2009-289 du 13 mars 2009 rectifiant certaines dispositions du Code du travail (partie réglementaire) ;

– la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit. ●●●

●●● D'autres corrections ont pu être faites à la faveur d'un texte dont l'objet portait sur la matière dans laquelle une modification était apportée. D'autres scories sont peut-être encore identifiées mais n'ont pas été jugées suffisamment graves ou urgentes pour nécessiter une intervention législative ou réglementaire. Il n'y aura donc pas d'autre texte balai mais peut être, à la marge, des rectifications ou clarifications apportées à l'occasion d'une modification de dispositions de même nature.

## 1 LA LOI DE RATIFICATION DU 21 JANVIER 2008

L'entrée en vigueur différée de la partie législative a permis, entre mars 2007 et décembre 2008, de recueillir sereinement la liste des malfaçons susceptibles de faire l'objet d'une rectification au moment de la ratification. Elle a aussi permis de dédramatiser les effets des erreurs constatées... Instruits par l'expérience des codes qui nous avaient précédés, nous savions qu'ils avaient, sans exception, fait l'objet de nombreuses corrections lors de leur propre ratification. Ceci paraissait inévitable vu l'ampleur du chantier et le nombre important de paramètres à gérer sur des milliers d'articles.

Dès mars 2007, nous avons donc lancé un appel aux partenaires sociaux, aux agents du ministère du Travail et des autres départements ministériels ainsi que de manière générale, dans de nombreux colloques, à tous les usagers du code, pour effectuer un recensement et un signalement à la DGT de toutes les anomalies constatées. Nous les avons dans un premier temps compilées. De ce point de vue, les six premiers mois suivant la parution de l'ordonnance se sont traduits par un calme relatif. L'entrée en vigueur différée a logiquement eu pour effet de ne plus intéresser les commentateurs, persuadés pour nombre d'entre eux que ce code n'entrerait jamais en vigueur et qu'il était donc inutile d'en améliorer les imperfections. Puis, dans le courant de l'automne 2007, les signalements ont commencé à arriver, à la faveur notamment d'avocats qui commençaient à faire l'exégèse des nouvelles dispositions, en vue de plaider la portée qu'il convenait d'attribuer à tel

ancien article du code, au vu de sa nouvelle rédaction (« *je sais que rien n'a changé m'a dit l'un d'entre eux, mais je fais feu de tout bois, c'est de bonne guerre...* »).

En tout état de cause, nous avons, au moment de la ratification de l'ordonnance du 12 mars 2007, une liste de corrections à soumettre au Parlement, tandis que de nombreux amendements étaient par ailleurs déposés par les parlementaires.

Ceci me conduit à opérer, pour vous les présenter, une distinction, totalement subjective et ne présentant d'autre intérêt que d'échapper à une énumération trop fastidieuse, entre ce que l'on pourrait qualifier des « *corrections d'opportunité* », des « *corrections d'erreurs matérielles* » (somme toute les plus nombreuses) et des corrections relevant d'une véritable malfaçon et pouvant avoir une incidence réelle sur le fond.

### ► Les corrections d'opportunité

Sont placées sous cet intitulé les modifications qui n'étaient pas rigoureusement indispensables, qui ne relevaient manifestement pas d'une erreur mais que le législateur a souhaité reprendre à son compte car elles mettaient fin à des interrogations sur la portée de certains changements.

– **Le dialogue social** : la première intervention du législateur a consisté à replacer les articles L1 à L. 3 en tête du Code du travail, dans un chapitre préliminaire intitulé « *Dialogue social* » alors qu'il avait été décidé de renoncer à un tel chapitre et d'insérer ces dispositions au sein du Livre II de la Partie II du nouveau code, consacrée à la négociation collective. On craignait en effet que la création d'un chapitre préliminaire n'aboutisse à en faire le réceptacle systématique de dispositions d'inégale valeur. Le législateur, qui venait d'adopter la loi du 31 janvier 2007, en a décidé autrement.

• **Le statut des journalistes** : la recodification a apporté quelques modifications de la partie législative du code relative au statut des journalistes. L'une d'elle consistait à reclasser en partie réglementaire les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement, ceci en cohérence avec la Partie I du Code du travail, qui fixe en partie réglementaire les modalités de calcul de cette indemnité pour tous les autres salariés. La profession

y a vu une atteinte à son indépendance qui a conduit à réintroduire lesdites dispositions en partie législative. Une autre modification portait sur les conséquences qu'il paraissait falloir tirer de l'arrêt de la CJCE du 14 juin 2006, au nom, cette fois, de la hiérarchie des normes. Cet arrêt concernait la présomption de salariat des artistes du spectacle. Il semblait inévitable d'appliquer le raisonnement de la CJCE à tous les salariés pour lesquels le Code du travail prévoyait une présomption similaire (journalistes, VRP...), ceci afin d'éviter tout nouveau recours en manquement fondé sur la violation du principe de libre prestation de services. Un nouvel article du Code du travail aménageait à cet effet le principe de la présomption de salariat des journalistes originaires d'un autre État membre. Il a finalement été abrogé par la loi de ratification, les modifications proposées devant être opérées dans une opération autre qu'une recodification à droit constant et nécessitant une concertation préalable approfondie avec les professions intéressées.

- **L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes** : l'ancien article L. 140-6 prévoyait la compétence de l'inspection du Travail pour la constatation des infractions en matière d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. Cet article avait été abrogé par l'ordonnance du 12 mars 2007 car il était redondant avec l'article général de compétence de l'inspection du Travail, l'article L. 8112-1, issu du premier alinéa de l'article L. 611-1 ancien. Il a néanmoins été jugé opportun de réintroduire l'ancien article L. 140-6 pour des raisons de visibilité (*art. L. 3221-9 nouv.*).

- **La transmission des procès-verbaux de l'inspection du Travail au préfet** : cette transmission issue de l'article L. 611-10 ancien, totalement obsolète, était devenue sans objet et relevait au mieux de la partie réglementaire. Elle avait donc été abrogée mais a été réintroduite à l'article L. 8113-7...

- **Les gérants de succursale** : sur ce point, la question se pose de savoir si l'on a eu affaire à une correction ou une novation (*v. aussi les arrêts de*

*la Cour de cassation du 8 décembre 2009*). Il s'est agi, à l'article L. 7321-1, de remplacer les mots « *sous réserve des dispositions du* » par les mots « *dans la mesure de ce qui est prévu au* ».

L'article L. 7321-1 prévoyait en effet que le Code du travail est applicable aux gérants de succursale « *sous réserve des dispositions du présent titre* », ce qui pouvait conduire à soutenir que, bien que ces gérants ne soient pas salariés, tout le Code du travail leur est applicable à l'exception (« *sous réserve* ») de ce qui est prévu dans le titre. Il a paru au législateur plus conforme à l'exigence du droit constant et moins ambigu d'écrire « *dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre* »...

## ► Les corrections matérielles

Beaucoup de corrections apportées par la loi de ratification portaient sur des erreurs matérielles ou des mises à jour repérées uniquement lors des travaux de recodification de la partie réglementaire. Il serait fastidieux de les énumérer. Elles ont été traitées pour l'essentiel à partir d'un « *amendement balai* » du gouvernement. Cet amendement apportait, par exemple, des modifications dans l'intitulé de certaines subdivisions, dont l'utilité n'est apparue qu'à la faveur de la recodification de la partie réglementaire. Il corrigeait de simples fautes de transcription, des oublis d'alinéas ou prenait en compte des modifications qui n'avaient pu être introduites dans l'ordonnance du 12 mars 2007, telles que celles de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance qui modifiait les dispositions relatives au congé maternité. Pour en apprécier le niveau de gravité, ou plus exactement en relativiser la portée, quelques exemples suffiront :

– « *Au 1° de l'article L. 1262-1, le mot : "prescription" est remplacé par le mot : "prestation"* » ;

– « *Au second alinéa de l'article L. 2523-1, les mots : "ministre chargé du Travail" sont remplacés par les mots : "autorité administrative"* » ;

– « *À l'article L. 4523-15, il est ajouté un second alinéa ainsi rédigé : "Le comité peut inviter, à titre consultatif et occasionnel, le chef d'une entreprise extérieure"* » ;

– « *Dans l'intitulé du chapitre III du Titre II du Livre VI de la quatrième partie, le mot : "des" est remplacé par le mot : "concourant au"* ». ●●●

## ► Les corrections de fond

Sont placées sous cet intitulé les modifications qui relevaient véritablement d'une erreur susceptible de donner lieu à une interprétation différente du nouveau texte. Un renvoi d'article inexact peut ainsi modifier sensiblement la portée d'une disposition et une correction s'imposait dans ces cas incontestablement. Le nombre de ces erreurs fut fort heureusement très limité.

### Les employés de maison

La question de fond posée ici était de savoir si les dispositions de la partie VII, qui régissent des professions particulières, sont complémentaires ou supplétives à celles des autres parties du Code du travail. L'examen des différents statuts en cause conduisait à conclure que le Code du travail s'applique dans son intégralité à certaines catégories, sous réserve des seules dispositions dérogatoires prévues dans l'actuelle partie VII. Par souci de clarification, ceci a conduit à la rédaction d'articles nouveaux tels que l'article L. 7123-1 qui prévoit que : « *Les dispositions du présent code sont applicables aux mannequins, sous réserve des dispositions particulières du présent chapitre.* » On retrouve ici les questions de périmètre et de champs d'application du Code du travail, qui se veulent les plus larges possibles, le Code du travail étant en quelque sorte le « *Code de droit commun* », autrement dit, le filet de sécurité accueillant toute relation contractuelle qui n'aurait pas été expressément exclue.

Pour les employés de maison, la logique a été inversée. Il résultait en effet de l'articulation des articles L. 200-1 et L. 772-2 que les dispositions relatives à la durée du travail ne s'appliquent pas aux employés de maison. La recodification avait respecté ce principe en précisant dans l'article L. 7221-2 la liste des dispositions applicables à ces salariés, laquelle ne contenait pas celles relatives à la durée du travail. Afin toutefois de lever toute difficulté d'interprétation suite à la rédaction très large du champ d'application du nouvel article L. 3111-1 (*ancien L. 200-1*), il fut proposé d'ajouter le mot « *seules* » à l'article L. 7221-1, qui commence désormais ainsi : « *Sont seules applicables au salarié [...] les dispositions relatives* ». La modification n'est pas anodine.

### Les veuves de guerre

Au troisième alinéa de l'article L. 2325-29, les mots « *veuves de guerre* » ont été remplacés par les mots « *conjoint(s) survivant(s)* ». En apparence formel, ce changement de terminologie permet d'harmoniser le Code du travail avec le Code des pensions militaires et d'invalidité des victimes de guerre afin d'éviter toute discrimination à l'égard du conjoint d'une victime de sexe féminin. Dans le même but, les mots « *mères célibataires* » ont été remplacés par les mots « *parents célibataires* ».

### Le droit alsacien-mosellan : question de fond ou d'opportunité ?

En codifiant l'article 616 du Code civil local à l'article L. 1226-23 du nouveau code, nous avons cru pouvoir écrire que : « *Le salarié dont le contrat de travail est temporairement suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté a droit au maintien de son salaire* » en remplacement de la rédaction initiale qui prévoyait que : « *Le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire* ». Quoiqu'on pense de la portée normative de cette dernière, force est de constater que le mot « *temporairement* » n'est pas équivalent à la locution « *et pour une durée relativement sans importance* » ! Le champ d'application de l'article d'origine avait été potentiellement étendu, ce qui n'était pas conforme avec l'exigence du droit constant. Il fallait donc réintroduire la rédaction antérieure, à charge pour les juges de l'interpréter...

### Le contrat de travail à durée déterminée

Il s'agit d'un exemple de rectification d'une erreur de renvoi, en apparence purement matérielle, avec toutefois une conséquence de fond potentiellement importante. L'article L. 1245-1 relatif à la requalification des contrats de travail à durée déterminée remplace l'article L. 122-3-13. Le renvoi, dans ce dernier, à l'article L. 122-3-10 alinéa premier avait été remplacé dans le nouvel article par un renvoi à l'article L. 1242-12, lequel reprend non seulement l'ancien alinéa premier mais aussi le second (mentions impératives devant



figurer sur le contrat à durée déterminée). Afin de s'en tenir au texte existant, une rectification devait être faite pour que, par exemple, l'absence de mention de l'intitulé de la convention collective applicable n'entraîne pas inéluctablement la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée.

## Le licenciement économique

Cette erreur, qui fit couler beaucoup d'encre, fut repérée immédiatement par la DGT. Bien involontaire, elle était consécutive à l'adoption de la rédaction homogénéisée des champs d'application en tête de chaque nouveau livre du code.

Cette homogénéisation des rédactions avait conduit malencontreusement à ne pas reprendre le deuxième alinéa de l'article L. 321-1. Or, cet alinéa a pour effet de soumettre à la procédure de licenciement pour motif économique les ruptures pour motif économique, quelles qu'en soient la forme et l'appellation (rupture amiable, rupture d'un commun accord, rupture négociée, départ volontaire). Cette disposition est très importante car, outre le fait qu'elle résulte de l'application d'une directive communautaire (directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs), elle apporte un certain nombre de garanties aux salariés qui acceptent de partir de manière volontaire dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord de GPEC : bénéfice du PSE, droit au congé de reclassement dans certains cas, indemnités de licenciement, droit à l'assurance chômage, bénéfice de la priorité de réembauche. En outre, les ruptures négociées pour motif économique sont comptabilisées dans le seuil de déclenchement des consultations des institutions représentatives du personnel et de l'élaboration du PSE. Le rétablissement rapide de cet alinéa s'imposait par conséquent sans nul doute.

## 2 LE DÉCRET RECTIFICATIF DU 13 MARS 2009

À l'instar de ce qui s'était passé pour la partie législative, nous savions, dès la parution de la partie réglementaire, qu'un décret rectificatif

serait nécessaire. Les risques d'anomalies étaient d'autant plus importants que le nombre d'articles traités était très supérieur et que leur délai de traitement était très raccourci. La période fut en outre perturbée par la gestion chronophage des suites de la partie législative (préparation de la loi de ratification, traitement des recours déposés contre l'ordonnance du 12 mars, etc.).

L'immense majorité des modifications du décret du 13 mars 2009 procède de la correction d'erreurs matérielles (75 modifications). Il en va ainsi, par exemple, de renvois d'articles imparfaits ou du renforcement de l'articulation de certaines dispositions entre elles afin de lever toute ambiguïté sur leur portée ou leur champ d'application. Là aussi, contentons-nous de quelques illustrations.

La hiérarchie des normes : l'article de pénalité D. 1227-4 est devenu l'article R. 1227-4 car au terme de l'article R. 610-1 du Code pénal, les contraventions ainsi que les classes dont elles relèvent sont déterminées par décret en Conseil d'État.

La qualification d'une infraction : en ajoutant à l'article R. 1238-2 les mots « *ou sans mentionner dans son information les renseignements prévus à l'article D. 1233-3* », il s'est agi de préciser la qualification de l'infraction consistant dans le défaut d'information de l'autorité administrative en cas de licenciement économique de moins de dix salariés, prévue à l'article R. 1238-2.

Une coquille rédactionnelle : à la dernière phrase du premier alinéa de l'article R. 1441-59, le mot « *transmet* » a été remplacé par le mot « *même* ».

Un oubli : à l'article R. 1441-69, il a été ajouté un premier alinéa ainsi rédigé : « *Un arrêté du ministre chargé du Travail fixe la période de dépôt des candidatures à la préfecture qui a dans son ressort le siège du conseil des prud'hommes.* » Cette disposition, introduite par le décret du 30 octobre 2007 relatif aux élections prud'homales, avait échappé à la vigilance des recodificateurs malgré leur travail de veille quotidien.

Le rétablissement d'une sanction pénale sur la périodicité mensuelle du salaire : en codifiant la loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation, il avait été procédé à l'abrogation de l'article L. 143-2, devenu redondant, qui prévoyait l'obligation de payer le salaire une fois par mois. ●●●

●●● Ce faisant, l'article de pénalité correspondant avait également été abrogé. En conséquence, il n'existait plus dans le nouveau code de pénalité en cas de non-respect de la périodicité mensuelle de paiement du salaire. La modification des renvois opérés à l'article R. 3346-1, en visant désormais le troisième alinéa de l'article L. 3242-1, a permis de remédier à cette omission.

Le rétablissement d'une disposition faisant défaut : à l'article R. 4224-5, il est inséré un premier alinéa ainsi rédigé : « *Les puits, trappes et ouvertures de descente sont clôturés.* »

Il s'agit de rétablir pour les locaux non soumis à des règles de conception une disposition visant à protéger les travailleurs d'un risque de chute depuis leur poste de travail. L'abrogation de l'article L. 233-3 ancien, en raison de sa redondance avec d'autres dispositions réglementaires plus récentes, avait incidemment créé un vide juridique pour l'utilisation des lieux de travail non soumis à des règles de conception lors de leur mise en service.

Une actualisation rédactionnelle : à l'article R. 4453-12, le mot « *radiographie* » a été remplacé par le mot « *radiologie* » car en matière de rayonnements ionisants, la notion de radiographie a été remplacée en 2003 par celle plus large de radiologie.

## 3 LA LOI DE SIMPLIFICATION DU 12 MAI 2009

La loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009 a permis de faire passer « *pour solde de tout compte* » (!)... une « *dernière salve* » de rectifications, corrigeant des anomalies signalées après la loi de ratification de janvier 2008.

Ainsi, à l'article L. 1271-12, relatif au chèque emploi service universel, la loi de finances pour 2007 avait élargi le champ des bénéficiaires, ce que l'ordonnance du 12 mars 2007 ne pouvait pas intégrer mais que la loi de ratification n'avait pas corrigé. Dans le même ordre d'idées, l'article L. 1423-6 a été modifié pour réparer une omission : le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 512-9 prévoyait que le président et le vice-président du conseil de prud'hommes restaient en fonction jusqu'à

l'installation de leurs successeurs... alinéa oublié dans le nouveau code. Or, des élections n'ont pu avoir lieu dans certains conseils, ce qui créait une situation de carence. Il fallait donc réintroduire cette disposition pour que les sortants puissent siéger jusqu'à ce que de nouvelles élections soient organisées.

Dernier exemple, qui fut lui aussi abondamment commenté : dans l'ancien code, le comité d'entreprise pouvait se faire assister par un expert-comptable pour l'examen annuel des comptes de l'entreprise, quel que soit son statut juridique. Dans le nouveau code, seules les entreprises ayant le statut de société commerciale étaient expressément visées. Il fallait donc compléter le renvoi pour viser également les autres structures, notamment les associations. L'article L. 2325-35 a été modifié en conséquence.

## C ONCLUSION

Il n'est pas certain que ce colloque fasse évoluer les représentations de chacun sur la recodification. Certains déduiront peut-être de ce qui précède qu'il y avait bel et bien des erreurs et que leurs craintes étaient donc fondées. Certains regretteront l'absence d'un suivi pérenne et organisé au travers d'une cellule légistique. Telle n'est pas notre vision. Le code a été restitué à ses usagers. Chacun doit se l'approprier, à commencer par les rédacteurs de texte, sans qu'il soit besoin de leur adjoindre un gardien ! Des entorses aux nouvelles règles de légistique ont déjà pu être constatées çà et là et le seront inévitablement encore. Il ne s'agit pas de pessimisme mais de réalisme. La colonne vertébrale et l'architecture générale du nouveau code nous semblent toutefois bien assimilées et préservées. Elles résistent à l'épreuve des nouveaux textes parus depuis la recodification, lesquels ont trouvé sans difficulté à se loger dans la nouvelle arborescence, et nous paraissent donner un cadre robuste au législateur.

J'ai essayé de démontrer que l'Administration n'a jamais hésité à reconnaître les anomalies, chaque fois que celles-ci étaient avérées. De notre point de vue, le nombre des rectifications est somme toute modeste au regard des milliers

d'articles traités et des multiples chausse-trappes esquivées. Si l'on observe bien ce qui s'est passé, on constate que les erreurs et les corrections sont intervenues dans les domaines qui sont aux marges du droit commun, là où l'expertise se fait plus rare et où les marges d'incertitude sont fortes : journalistes, employés de maison, gérants de succursale, gérants mandataires, droit de

l'outre-mer, droit alsacien. Comme je l'ai toujours pensé et dit, les difficultés du Code du travail ne résident pas tant dans ce qu'il dit que dans ses silences, parfois assourdissants, dans son périmètre et dans ses champs d'application. C'est là que se trouve la complexité mais c'est aussi là, aux frontières, que s'élaborent les solutions originales. ■

# Recodification et inconstance du droit du travail

Françoise Favennec-Héry, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**S**elon Jean-Étienne-Marie Portalis, « *les codes des peuples se font avec le temps* » (« *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* »).

Le temps serait-il un élément consubstantiel à la codification ? Qu'en est-il de la recodification, et particulièrement de celle du Code du travail, droit inconstant s'il en est ?

Recodifier n'est en effet pas codifier, c'est partir de l'acquis. Ce n'est pas non plus brûler le Code du travail en espérant le rendre plus fertile et repartir ainsi à zéro. C'est chercher à donner au code un avenir par-delà le temps qui court. Recodifier le Code du travail n'est pas non plus recodifier le Code civil. Le premier n'a ni le même passé, ni le même prestige, ni la même fonction que le second car le Code civil est un monument qui fait partie de notre patrimoine national. Certes, il ne contient pas tout le droit civil, loin de là : le droit de la responsabilité civile n'y est que partiellement inclus. Et il a vu fleurir à ses côtés toute une quantité d'autres codes : Code de la consommation, Code de l'assurance, etc. Mais peu importe, il est en perpétuel rajeunissement et reste une référence.

Tel n'est pas le cas du Code du travail à la finalité beaucoup plus utilitaire et à la diffusion beaucoup moins universelle. Notons ainsi que l'Allemagne, pourtant pays de codification, n'en possède pas. Le Code du travail est donc plus modeste. C'est une œuvre de compilation. Il n'a d'influence ni sur la quantité des textes qu'il contient ni sur leur qualité. Dès son origine, le but du code a été de rassembler dans un texte ce qui était alors dénommé « *les lois ouvrières* ». Ce n'est pas non plus un code de principes offrant une vision homogène des questions sociales. C'est une mise en œuvre raisonnée des textes.

Appliquée au Code du travail, la codification n'est ni une œuvre véritablement créatrice ni une sélection de textes mais la volonté de rendre intelligible et accessible un flot législatif et réglementaire qui n'est pas près d'être endigué. Telle a toujours été la conception du Code du travail, telle est aussi la conception adoptée en 2008, telle sera sans doute celle de demain.

Recodifier est un processus qui suppose de prendre conscience de l'environnement des textes. L'environnement géographique bien sûr : le Code du travail précédent a-t-il été exporté et, si oui, comment a-t-il évolué dans les autres pays ? Le Code du travail a-t-il été vidé d'une partie de sa substance au profit d'autres codes : le Code maritime, celui de la sécurité sociale, de la santé, des transports... Plus le droit se spécialise, plus il se complique, plus il s'émiette. Le droit du travail n'y fait pas exception.

Mais recodifier nécessite surtout de prendre la mesure du facteur temporel. La codification et le temps entretiennent des relations ambiguës. Codifier, est-ce arrêter le temps, poser le droit une fois pour toutes ? Ou est-ce accompagner le temps et les évolutions textuelles qui en résultent ? Telle est plutôt la mission du code : la recodification est un processus cyclique, voire continu ; le code ne peut pas faire vœu de perpétuité. Dans cette optique, il existe diverses sortes de recodification : la recodification programmée, officielle, qui entraîne un bouleversement du code... Mais aussi la recodification de tous les jours, celle qui incorpore les textes au fil des réformes ; le législateur fait de la recodification sans le savoir. Est-ce possible en droit du travail à une époque d'outrage législatif permanent ? Les codificateurs peuvent-ils suivre la cadence, la nouvelle confi-

guration du code le permet-elle, le code « *en ligne* » améliore-t-il sa perméabilité aux nouvelles réformes ?

Telle est la difficulté spécifique de la recodification en droit du travail : l'objet de la recodification est à la fois d'absorber et de rendre intelligibles les réformes du passé : refondre, remettre en ordre, adopter une nouvelle nomenclature... Mais c'est aussi être prêt à accueillir les évolutions du futur, à retranscrire les nouvelles tendances : aujourd'hui la réforme du dialogue social, celle de la formation professionnelle, demain sans doute, l'éclatement du contrat de travail, l'influence des nouvelles technologies, le développement d'un droit constitutionnel du travail.

Le code est un outil. On ne peut juger de sa valeur à la lumière de la qualité des textes qu'il abrite. Son intérêt, sa pertinence, tiennent notamment à sa capacité à intégrer les nouveaux textes, à gérer les flux, à maîtriser le temps. Cette observation suscite deux questions.

La recodification initiée en 2005 s'est-elle fixée ce but ? A-t-elle pour finalité de construire, non seulement un code en renouveau, mais encore un code en devenir ? La recodification opérée en 2008 s'est-elle donnée les moyens d'une telle évolution pour faire du code un outil en permanente évolution ? Bref, le but et la méthode...

## 1 LE BUT : L'APPROPRIATION DU TEMPS, L'APPROPRIATION PAR LE TEMPS

Dans la conception modeste adoptée par le Code du travail, le but de la recodification est de rendre la loi intelligible et accessible aux destinataires, aux utilisateurs, aux praticiens. Une telle optique impose une possibilité de mise à jour en continu : le code ne peut être statique. Une telle démarche suppose un mouvement permanent : la disparition des anciens textes, l'incorporation des nouveaux.

### ► Le refus de l'immobilisme

Recodifier, ce n'est pas geler le droit. Entre les différentes recodifications, le code doit pouvoir absorber les réformes. J'en veux pour preuve les transformations opérées au cours de l'année 2005, année de lancement de la recodification. Des

modifications sont intervenues avant même l'entrée en vigueur du code, telle la loi du 31 janvier 2007 ou la création d'un Titre VI dans le Livre III de la deuxième partie. Certains commentateurs autorisés notaient que 2 000 articles en trois ans avaient été adoptés depuis la réforme de la codification, ce qui pourrait obérer les chances d'un plan opérationnel. Face à cette évidence, il faut affirmer haut et fort que la recodification ne signifie pas l'immobilisme. Le caractère temporaire de la recodification se fait sentir à plusieurs égards. Tout d'abord la recodification en elle-même suppose du temps : indépendamment de toute réforme, elle doit faire l'objet d'une appropriation par les utilisateurs qui vont façonner le code. Elle doit ensuite être apte à intégrer de nombreuses réformes.

### L'appropriation du code par le temps

La codification suppose du temps pour être acceptée, pour être intégrée, pour entrer dans les mœurs. Utilisateurs et partenaires sociaux apporteront, quoi qu'on en dise, leur marque à cette nouvelle codification. La manière dont ils utiliseront ce code forgera indirectement celui-ci. Les praticiens participent à la codification en acceptant ou non d'appliquer le code : ainsi, feront-ils leurs les nouvelles définitions proposées par le code, ou se sentiront-ils libres ? Joueront-ils des différences rédactionnelles, de la suppression de certains adjectifs ou de l'utilisation de certains mots : ici, la disparition du terme « *éventuellement* », là, la suppression de l'expression « *le cas échéant* » (*C. trav., art. L. 4132-4, s'agissant de l'intervention de l'inspecteur du Travail en cas de droit de retrait*) ? Seront-ils influencés par le nouveau plan ? Et par exemple, l'intégration du licenciement économique dans la partie « *Relations individuelles du travail* » ne va-t-elle pas conduire à un infléchissement de ce droit, voire à une « banalisation » de celui-ci ? Aimeront-ils le nouvel article L. 1224-1 du Code du travail comme ils ont chéri l'article L. 122-12 dudit code ? Rappelons-nous le rôle des praticiens s'agissant de l'utilisation respective des anciens Livres III et IV en matière de licenciement pour motif économique ! Souvenons-nous de l'impact de l'article L. 122-12 dans ●●●

●●● l'inconscient collectif! La pratique façonne en partie le droit.

Encore plus important sera le rôle du juge : la recodification doit faire l'objet d'une appropriation par les magistrats qui feront une interprétation des modifications apportées. Tiendront-ils compte du sens de l'emploi du présent de l'indicatif, de l'utilisation indifférenciée des termes « employeur » et « chef d'entreprise », d'un certain abandon de la terminologie juridique au profit d'un vocabulaire plus commun? Préciseront-ils la notion « d'employeur de droit privé »? Investigueront-ils les codes annexes pour rechercher certaines dispositions expatriées dans d'autres lieux, par exemple le Code sanitaire et social en matière de durée du travail?

Telle la loi qui est livrée à l'appréciation des juges et échappe parfois à ses auteurs, la codification pourrait faire l'objet d'une libre interprétation. Certes, les magistrats de la Cour de cassation ont apporté quelques précisions. En affirmant que l'interprétation se ferait en fonction de l'état du droit existant au moment de la recodification, ils affichent une volonté de neutralité; si le texte est mal reproduit dans le nouveau code, ils feront usage de la version initiale. Le texte nouvellement présenté devra, par voie de conséquence, être interprété de la même manière. Les juges font ainsi leur, le principe de recodification à droit constant (*Cass. soc.*, 29 avr. 2009; *Cass. soc.* 27 janv. 2010; C. Radé, « Le principe d'interprétation constante du Code du travail : première application par la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2009, p. 776).

On le voit : qu'il s'agisse des praticiens ou du juge, ils ont leur part dans la construction de ce nouveau code. Alors, tous codificateurs? C'est le temps de l'alluvionnement.

### L'appropriation du temps par le code

La recodification est un processus permanent et non ponctuel : les nouveaux textes adoptés devront y trouver leur place. La difficulté est accrue en droit du travail en raison d'une production législative incessante, souvent de mauvaise qualité et de l'importance majeure de la création jurisprudentielle. À quoi bon un nouveau code, par hypothèse périmé d'avance?

La remarque serait juste si la codification signifiait l'arrêt de l'état du droit à un moment T.

Autant essayer de remplir un puits! Elle l'est beaucoup moins lorsque l'on veut faire du code un outil évolutif permettant une compilation à jour des textes. Telle est l'optique choisie. Le Code du travail n'est pas une œuvre de référence; il est un réceptacle des textes que les codificateurs doivent rendre compréhensibles, intelligibles (*v. A. Lyon-Caen, précit.*). La recodification n'entend pas arrêter l'hémorragie des textes. Elle n'est pas un antidote à « l'obésité textuelle », mal persistant en droit du travail. La précarité est de l'essence même de la codification; le code évolue avec le temps. Il l'a fait hier, il le fera demain.

Comme l'affirme François Ost : « *Confié au temps comme l'est un message jeté à la mer et emporté par ses courants, le code se donne un avenir; l'indétermination même de son trajet est le gage le plus sûr de son aboutissement ou plutôt de sa progression ininterrompue* » (*v. F. Ost : « Le temps du droit », Éd. Odile Jacob, 2000, p. 233*).

L'adoption d'une autre optique, celle de refondre totalement le code pour révolutionner le droit du travail, aurait, à cet égard, présenté plus de dangers. La production législative, étant ce qu'elle est, aurait mis à mal l'effort accompli en un trait de temps. L'option finalement retenue, bien que moins ambitieuse, est plus opérationnelle : il y a d'une part le Code du travail, mode d'agencement des règles et de leur formulation, et d'autre part, le droit du travail. Encore faut-il que le premier permette une bonne intelligence du second. Ceci suppose une certaine fluidité du code.

### ► L'organisation d'une certaine fluidité

Pour que le code constitue un texte de référence pour les utilisateurs, la recodification suppose un mouvement perpétuel. Plusieurs images ont été adoptées dont celle de la baignoire que l'on vide et que l'on remplit (*v. Ch. Radé, « Recodifier le Code du travail », précit.*). Recodifier impose de pouvoir rejeter certains textes et d'en incorporer d'autres.

### Rejeter

L'élimination des textes obsolètes fait partie de la mission confiée aux codificateurs de l'an 2008 : « *abroger les dispositions codifiées ou non, devenues sans objet* ».

Certes la sédimentation des textes est source de confusion, d'obscurité... mais attention au risque « *de rupture de mémoire* ». Un texte n'en chasse pas forcément un autre du jour au lendemain. Pensons aux périodes de droit transitoire; pensons aux situations dont il faut apprécier la légalité à la lumière du droit antérieur.

La loi du 20 août 2008 en est un bon exemple dans sa partie « *Dialogue social* », s'agissant par exemple de la conclusion d'accords collectifs en l'absence de délégué syndical. Deux régimes sont ici maintenus selon qu'un accord de branche avait ou non prévu la possibilité de conclure des accords avec les représentants élus ou mandatés. Le maintien des anciens textes dans le code conserve un réel intérêt.

S'agissant toujours de la loi du 20 août 2008 mais cette fois dans sa partie relative au temps de travail, combien d'accords mettent-ils encore en œuvre les anciennes modalités de modulation du temps de travail, et pour combien de temps? Combien d'accords de RTT ou de conventions de forfait jours voient leur validité contestée au regard des exigences formelles du droit antérieur? Le Conseil constitutionnel n'ayant pas toléré la limitation dans le temps de l'application de ces accords, l'usage d'articles de loi désormais abrogés risque de se perpétuer encore longtemps dans un pays qui pratique majoritairement les accords collectifs à durée indéterminée. L'exigence de conservation de ces textes dans le code s'impose. Aux termes de la loi du 9 décembre 2004, seules les dispositions « *sans objet* » devraient être éliminées au fil du temps... Mais circonscrire cette notion n'est pas si facile. Les exigences d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi imposent un devoir de mémoire du code, ou du moins une obligation de conservation. C'est ce qu'indique l'un des participants au questionnaire : la réécriture risque de faire disparaître l'historique des textes. Conserver donc, oui... mais jusqu'à quand?

## Incorporer

Code de compilation à droit constant, le code doit-il tout compiler, sans distinction entre petites et grandes lois, lois définitives et lois expérimentales, loi générale et loi spécifique à tel ou tel type de salariés? Faut-il tout incorporer, quitte à de-

venir un monstre? Le choix – et donc l'élimination – de certaines lois présente des inconvénients, l'accumulation de toutes en présente d'autres.

- Le choix dans les nouveaux textes comme dans les anciens suppose un tri, une sélection... mais selon quels critères? Plusieurs d'entre eux peuvent être proposés.

L'importance de la loi, son caractère pérenne (mais qui s'aventurerait dans de telles prévisions?) et son aspect définitif pourraient être un indice d'incorporation. À l'inverse, le caractère expérimental du texte, la durée présumée courte de certains dispositifs du fait de leur aspect conjoncturel (mesures de politiques de l'emploi, incitation à la réduction de la durée du travail ou au contraire encouragement aux heures supplémentaires) justifieraient l'exclusion.

Pourrait aussi être pris en compte le large domaine visé par le texte ou au contraire, le champ réduit de celui-ci (tel ou tel type de salariés), son objet général ou son caractère hyperspécialisé. Ainsi, pourquoi dans la loi du 25 juin 2008 les dispositions sur l'essai ou sur la rupture conventionnelle du contrat de travail ont-elles été codifiées alors que l'article 6 de la même loi relatif au contrat de projet y a échappé? Spécificité du contrat? Public délimité? Quelle justification à cette exclusion?

Attention à ces exceptions! Le tri souvent arbitraire ne semble pas répondre aux objectifs fixés par l'article 84 de la loi du 9 décembre 2004 : « *inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées.* »

Laisser une partie des lois de côté fait émerger le droit du Code du travail d'une part, le droit du travail d'autre part... le grand droit et le petit droit, pour reprendre la formule de Jean Carbonnier. Un tel classement génère de nombreuses interrogations en chaîne : être codifié confère-t-il plus de portée au texte, le Code du travail représentant une sorte de droit commun? Ou à l'inverse, le code n'aurait-il plus, au fil du temps, qu'une autorité résiduelle au bénéfice d'une sorte de droit du travail spécial : droit de l'emploi, droit de la formation professionnelle...? Bref, un droit du travail général, d'une part, et un droit du travail spécial qui lui échapperait, d'autre ●●●

●●● part. Le film est connu dans d'autres disciplines et le résultat a pu en être mesuré. L'élimination de certains textes ne risquerait-elle pas de nuire à l'harmonisation de l'état du droit ?

Si trop-plein de textes il y a, la codification n'y est pour rien. C'est à la limitation du domaine de la loi qu'il faut s'attaquer et non à sa codification.

La recodification n'est pas le remède à l'hypertrophie des textes, elle ne l'est pas non plus à la déformation des domaines respectifs de la loi, du règlement, du droit conventionnel.

- Faut-il codifier tous les textes à venir ?

Par exemple, depuis l'entrée en vigueur du code, la loi du 22 juillet 2009 sur la rémunération, celle du 19 octobre 2009 sur l'épargne salariale, et celle du 24 novembre 2009 sur la formation professionnelle sont intégrées au code. L'accessibilité au droit impose une telle incorporation, sans distinction quantitative ou qualitative. Mais qu'en sera-t-il de certains accords, voire, dans certains cas extrêmes, de certains principes jurisprudentiels ? La frontière ayant été franchie par le ministère lui-même, faudra-t-il à l'avenir transmuter certaines solutions jurisprudentielles dans le code ou introduire dans celui-ci certains accords nationaux interprofessionnels particulièrement marquants : celui portant sur la modernisation du marché du travail ou encore sur la formation professionnelle ? Ceci répond au souci d'accessibilité formulé dans la lettre de mission. Mais le risque de trop-plein est évident. Le code deviendrait une encyclopédie. La fluidité du code est donc bien une exigence nécessaire : entrée et sortie des textes doivent s'opérer. Oui, mais comment ?

## 2 LA MÉTHODE : UNE CERTAINE POROSITÉ

Comment garantir la cohérence d'une construction opérée à partir d'une vision présente d'un droit qui sera soumis à des évolutions ultérieures ? C'est tout l'art de la codification. La solution ne peut être que d'ordre formel : il faut assurer la plasticité du code. Les codificateurs ont fait un réel effort sur ce point. Reprenant Joachim du Bellay qui affirme : « *Ce qui est ferme est par le temps détruit. Et ce qui fuit, au temps fait résis-*

*tance* » (in « *Les Antiquités de Rome* »), les codificateurs ont tenté de répondre à l'inconstance du droit du travail, en adoptant un cadre souple : ils ont cherché à assurer une perméabilité du code pour ne pas dire une vraie porosité de celui-ci. Ils ont choisi non le chêne (tant pis pour Saint Louis), mais le roseau.

Mais cette perméabilité ne doit cependant pas nuire à l'édifice en son entier. Comment assurer une cohérence d'ensemble de la structure tout en facilitant les importations de textes d'inspirations diverses ? Le code ne doit pas sacrifier aux modes. Il ne peut être un code de politique sociale. La seule voie possible est celle de la neutralité.

### ► La perméabilité de la structure

Absorber les réformes : c'était le souhait de la commission supérieure de la codification. Les experts consultés ont suggéré quelques techniques qui ne sont pas sans faille.

#### Les techniques

##### a) La numérotation

Adopter une numérotation qui permette d'accueillir de nouvelles réformes, tel est l'un des apports de la recodification... non sans mal pour les usagers du code. Ceci explique (même si c'est peu commode) une numérotation à 5 ou 6 chiffres susceptible de se développer encore. Au risque de heurter, il est permis de regretter que les alinéas ne soient pas numérotés ; sans doute les codificateurs n'ont-ils pas osé.

##### b) Les subdivisions

Le nouveau code est hypersubdivisé : une règle, un article. L'adoption de nouvelles subdivisions peut sans doute aider les nouveaux textes à trouver leur place, en créant de nouveaux articles à chaque règle nouvelle. Mais point trop n'en faut car, comme l'observe l'une des réponses au questionnaire : à trop détailler, on rigidifie les développements, ce qui nuit à la perméabilité du code. Le succès du BGB allemand ne tient-il pas à ses clauses générales et souples ? L'art de légiférer de Portalis ne réside-t-il pas dans son extrême concision ?

Des subdivisions trop détaillées vont à rebours de ces exemples du passé. Notons, s'agissant du



droit de la convention et de l'accord collectif, que le nombre de subdivisions a quintuplé.

### c) Le maintien de certains titres vides

C'est une technique classique et utilisée par tous les codificateurs, peut-être de bonne méthode... à condition d'avoir du flair sur les développements à venir. Ainsi en est-il de la deuxième partie, Livre II, Titre II, sur l'objet et le contenu des conventions et accords collectifs de travail, pour l'instant un peu fourre-tout, mais susceptible d'abriter d'autres développements.

### d) Des regroupements

Le code tente par ce moyen de mettre de l'ordre dans une législation touffue et dispersée susceptible de permettre un classement postérieur plus aisé des nouveaux textes. On peut ainsi citer le droit de la durée du travail désormais mieux ordonné : durée, répartition du temps, horaires, contrôle. Vient également à l'esprit la Partie IV relative à la santé au travail, qui regroupe des développements autrefois éparpillés. Ceci permettra une meilleure intégration des textes à venir. Le même constat peut être opéré s'agissant du droit de la formation professionnelle qui repose sur une nouvelle architecture : principes, dispositifs d'accès, financement... avec un regret cependant s'agissant des aspects collectifs renvoyés dans la Partie II du code relative aux relations collectives. La loi du 24 novembre 2009 s'y est bien insérée. Ces techniques ont-elles porté leurs fruits ?

### Le constat

Regrettons tout d'abord le maintien, voire l'accentuation, de la technique des renvois. Cette réserve mise à part, plusieurs lois importantes ont trouvé, depuis la recodification, leur place dans le nouveau code :

- la loi du 25 juin 2008 avec une insertion correcte des dispositions sur l'essai, le licenciement et la rupture conventionnelle du contrat de travail qui s'intègre aux différents modes de rupture du contrat de travail ;

- la loi du 20 août 2008 sur le dialogue social, avec quelques regrets cependant s'agissant de la deuxième partie, Livre II, Titre V relative à l'« *articulation des conventions et accords* » (*C. trav.*, art.

*L. 2251-1*). Référence n'est pas faite dans le code à la particularité des relations branche-entreprise dans le domaine de la durée du travail (*C. trav.*, art. *L. 3121-11 et s.*), alors que c'est là que résident les exemples topiques de la nouvelle articulation des niveaux de négociation : priorité à l'accord d'entreprise, supplétivité de l'accord de branche. Il est aussi possible de regretter, en matière de temps de travail, une insertion maladroite de la contrepartie obligatoire en repos (*C. trav.*, art. *L. 3121-11*), visée sans être nullement explicitée.

Peuvent aussi être signalées quelques numérotations chaotiques résultant de l'abrogation de certains textes (relatifs par exemple à la modulation, aux cycles et faisant passer la numérotation de *L. 3122-5* à *L. 3122-23*) ou certaines subdivisions mal cadrées. Ainsi, le positionnement de quelques textes nouveaux démontre le manque de place dans le code pour des constructions nouvelles : c'est le cas du portage salarial inséré dans les dispositions relatives au travail temporaire.

Mais, n'ergotons pas. L'essentiel tient en la construction d'ensemble choisie.

### ► L'adoption d'un plan neutre

Le Code du travail a la fonction d'un réceptacle. À ce titre, il n'a pas vocation à marquer le temps de son empreinte comme le Code civil. Il n'a pas à adopter une ligne idéologique ou même conceptuelle. Le code ne saurait se laisser guider par les questions du moment, par les modes qui, par hypothèse, sont faites pour ne pas durer. Un plan neutre permet de s'adapter à toutes les évolutions.

À ce titre, la recodification opérée entre 2005 et 2008, quel que soit le bien fondé du choix retenu, répond à cet objectif. Certes, la distinction choisie entre les relations collectives et les relations individuelles de travail ne recouvre pas l'ensemble de la matière et comporte sa part d'artifice. Certes, la répartition entre les deux n'est pas toujours réussie. Certes, le maintien d'une « *Parties diverses* » n'est pas très heureux... Mais la construction a au moins l'avantage de ne pas obérer l'avenir. Qu'il nous soit cependant possible d'exprimer une approbation et un regret.

Intervenue à une période fortement marquée par l'expansion des droits et libertés fondamentaux en droit du travail, la recodification de 2008 ●●●

●●● en porte les marques puisque la première partie, Livre I, Titre II est consacrée à cette question. Il s'agit là, non pas d'une mode, mais d'un mouvement de fond que le code devait mettre en valeur.

Au titre des regrets en revanche, signalons que le plan didactique adopté exclut une autre approche, susceptible de répondre davantage aux préoccupations des praticiens : l'approche thématique. Une telle construction, adoptée par le droit communautaire dans les directives, aurait permis d'ajouter des sujets nouveaux et aurait évité des répétitions inutiles. Ainsi, la question des élections professionnelles, thème désormais central, doit-elle véritablement être abordée à propos de chaque institution de représentation du personnel ? N'aurait-elle pas dû faire l'objet d'un chapitre ou d'une section unique ?

De même, les conditions actuelles de conclusion d'un accord collectif de travail, et notamment

l'exigence d'une majorité, ne sont-elles pas une question centrale à envisager globalement une fois pour toutes, plutôt que de la répéter trois fois de suite ? Le thème du transfert d'entreprise en offre un autre exemple. Balayer cette question de bout en bout, dans tous ses aspects, aurait évité une promenade à différents endroits du code.

Quitte à faire un code fonctionnel à usage des praticiens et non des penseurs du droit du travail, ne fallait-il pas aller au bout de la logique et prendre en compte les situations et thèmes qui se présentent aux usagers du code dans leur globalité ? Mais aurait-on alors recodifié à droit constant ?

D'une recodification, ne serait-on pas passé à une véritable révolution dont on sait, comme l'affirme Georges Vedel, « *qu'elle est à la fois une rupture avec la tradition et une utilisation de cette tradition* » ? Rupture, tradition, la recodification est-elle une ouverture vers l'avenir ou un éternel retour ? ■

# Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie

**Nadège Meyer**, Maître de conférences en droit privé, Université de Nouvelle-Calédonie, enseignant-chercheur du LARJE (EA 3329)

**U**n constat s'impose : le Code du travail, auquel il a été fait référence durant tout le colloque, ne s'applique pas à tout le territoire de la République française. Ce dernier recouvre l'ensemble des terres sur lesquelles s'exerce la souveraineté française. Ainsi défini, le territoire de la République française est composé non seulement de la métropole, mais aussi de l'outre-mer français (J.-F. Auby définit l'outre-mer comme « les territoires qui, situés hors du territoire métropolitain, ont été intégrés à la France dans le cadre du mouvement de colonisation et n'ont pas accédé à l'indépendance », in « droit des collectivités périphériques françaises », PUF, coll. droit fondamental, 1992, p. 13).

Pour autant, le champ d'application géographique de ce code ne se limite pas aux seules relations de travail métropolitaines. En effet, celui-ci s'applique aussi à une partie de l'outre-mer français, en particulier dans les départements et régions d'outre-mer (DROM), mais il ne régit pas non plus tous les départements d'outre-mer puisque Mayotte ne se voit pas (encore ?) soumise à ce Code du travail. Quant à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, ces collectivités territoriales édictent leur propre réglementation en la matière.

L'étude du champ d'application territorial du Code du travail met en exergue la multiplicité des régimes juridiques en vigueur en France et ébranle quelque peu le principe de l'unité du droit français.

Que régit alors le Code du travail objet, de ce colloque, et surtout que ne régit-il pas ? Comment peut-il être qualifié au regard du droit du travail local élaboré par ces collectivités périphériques ?

Au milieu du siècle dernier, la réponse était relativement simple dans la mesure où le Code du travail s'appliquait à la métropole et aux départements d'outre-mer. À côté de celui-ci, le législateur avait institué en 1952 un Code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer (L. n° 52-1322, 15 déc. 1952, JORF 16 déc., p. 11541). Mais depuis cette époque, l'état du droit, contrairement à l'objectif premier de toute codification tenant à la simplification du droit, s'est complexifié au fur et à mesure des évolutions institutionnelles de chacune des collectivités ultramarines, recherchant pour certaines plus d'indépendance et pour d'autres une plus grande assimilation au droit métropolitain.

Aujourd'hui, force est de constater qu'il n'y a aucune unité et aucun principe qui ne connaisse d'exception à l'application du Code du travail dans l'outre-mer français. Les nombreux régimes juridiques applicables à l'outre-mer français résultent de l'histoire de la colonisation française et des évolutions institutionnelles de chacune de ces collectivités.

S'agissant plus précisément de leur statut, en vertu de la Constitution, l'outre-mer est régi par deux principes opposés : le principe d'identité ou d'assimilation et le principe de spécialité législative (art. 73, 74 et 74-1 de la Constitution du 4 oct. 1958).



●●● Ainsi, l'ensemble des départements et régions d'outre-mer sont régis par le principe d'identité législative. En vertu de celui-ci, les lois et règlements de droit français leur sont applicables de plein droit, sous réserve d'adopter des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques justifiées par leur situation particulière (*art. 73 de la Constitution de 1958*). Le nouveau Code du travail, objet du colloque, prévoit à cet effet un titre particulier dans chaque livre consacré aux spécificités applicables aux départements d'outre-mer constitués de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion.

La récente évolution statutaire de Mayotte<sup>1</sup>, passant en quelques années de collectivité territoriale à collectivité départementale d'outre-mer (*L. n° 2001-616, 11 juill. 2001, relative à Mayotte, JORF 13 juill., p. 11199*), collectivité *sui generis*, deviendra en 2011 un département d'outre-mer, catégorie bénéficiant d'un régime juridique bien défini. Pour autant, cette évolution institutionnelle ne va pas attribuer à Mayotte (au moins dans l'immediat) le même régime juridique que celui de l'ensemble des autres départements d'outre-mer. Au contraire, ce changement statutaire va créer une exception à la seule constante qu'il était possible de dégager de l'application du Code du travail à l'outre-mer français. Jusqu'à présent, l'île de Mayotte était soumise au principe de spécialité législative, sauf dans quelques matières. Parmi celles-ci figurent le droit syndical et le droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. À ce titre, depuis 1991, cette collectivité départementale a adopté un Code du travail qui lui est spécifique et a ainsi mis un terme à l'application du Code du travail de l'outre-mer de 1952<sup>2</sup>. La départementalisation de Mayotte va nécessiter un travail de recodification conséquent du droit social mahorais qui devrait converger d'ici 2013 vers le droit « national ». D'ici là et à compter de 2010, Mayotte constituera un bémol au principe de la soumission de tous les départements et régions d'outre-mer au Code du travail applicable en métropole, sous réserve des adaptations justifiées par des caractéristiques et contraintes particulières à ces collectivités.

Quant aux collectivités d'outre-mer, celles-ci sont en principe soumises au principe inverse, celui

de spécialité législative, en vertu duquel les lois et règlements ne sont pas applicables de plein droit, sauf volonté contraire exprimée par le territoire concerné. À ce titre, Wallis-et-Futuna et les terres australes et antarctiques françaises ne sont pas régies par le Code du travail « métropolitain », mais par le Code du travail de l'outre-mer. Néanmoins, le nouveau Code du travail regroupe dans un titre spécifique pour chaque livre les quelques dispositions dont l'application leur a été étendue.

Toutefois, cette règle se trouve contrariée par des statuts qui peuvent considérablement différer d'une collectivité à l'autre.

Ainsi, la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon, ancien département d'outre-mer, demeure soumise au principe d'identité législative et applique, sous réserve de dispositions spécifiques, le Code du travail « métropolitain » (*L. n° 85-595, art. 22, 11 juin 1985, relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon, JORF 14 juin, p. 6551*).

Dans le même ordre d'idées, les collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin relèvent désormais du principe de spécialité législative<sup>3</sup>. Or, pour des raisons historiques tenant au fait que Saint-Martin et Saint-Barthélemy étaient d'anciennes communes de la Guadeloupe, le droit du travail fait justement figure d'exception dans la mesure où cette matière se trouve régie par le principe de l'assimilation législative et ils appliquent donc le Code du travail recodifié. Une difficulté particulière est précisément apparue lors de l'adoption du nouveau Code du travail. En effet, jusqu'à leur évolution statutaire de 2007, Saint-Barthélemy et Saint-Martin appliquaient le Code du travail avec les spécificités que pouvaient adopter les départements d'outre-mer. Depuis leur évolution en collectivités d'outre-mer, les textes antérieurement applicables continuent d'y produire leurs effets. Lors de l'adoption du nouveau Code du travail, un doute subsistait quant à son applicabilité à ces deux collectivités qui se trouvent désormais régies par le principe de spécialité législative. Les dispositions applicables aux départements d'outre-mer ne s'appliquent plus à ces collectivités, sauf mention expresse dans les textes. Pour éviter cette difficulté juridique potentielle, l'ordonnance du 27 février 2008 a

1. Référendum du 29 mars 2009 sur la départementalisation de Mayotte, entériné par la loi organique n° 2009-969, 3 août 2009, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, JORF n° 0180, 6 août 2009, p. 13095 (CGTT, art. L. 3446-1 relatif au département de Mayotte).

2. Pour la partie législative : ord. n° 91-246 du 25 février 1991 relative au Code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, JORF n° 56 du 6 mars 1991, p. 3208 ; pour la partie réglementaire : D. n° 91-1263, 16 déc. 1991, JORF n° 295, 19 déc. p. 16543, et D. n° 92-238, 9 mars 1992, relatifs au Code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte (5e partie : décrets), JORF n° 64, 15 mars, p. 3751.

3. Ord. n° 2008-205, 27 févr. 2008, relative au droit du travail applicable à Saint-Barthélemy et Saint-Martin, JORF n° 52, 1er mars 2008, p. 3688. Cette ordonnance prévoit que les collectivités créées par la loi organique n° 2007-224, 21 févr. 2007, JORF n° 45, 22 févr. p. 3220, restent régies par le Code du travail qui leur était applicable lorsqu'elles faisaient partie de la Guadeloupe. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-205, 27 févr. 2008, relative au droit du travail applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, JORF, 1er mars, p. 3688.

rendu applicable le nouveau Code du travail aux collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.

Parmi les collectivités d'outre-mer, il reste à envisager le statut particulier de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie qui fait l'objet de cette étude.

Le constat lapidaire suivant s'impose : que ce soit en Polynésie française ou en Nouvelle-Calédonie, ni le Code du travail applicable en métropole, ni le Code du travail de l'outre-mer ne s'appliquent. Ces deux collectivités ont connu une évolution semblable dans la mesure où d'une compétence exclusive de l'État, le droit du travail est devenu une compétence partagée entre l'État qui fixait les principes généraux<sup>4</sup> ou directeurs<sup>5</sup> du travail, et la collectivité qui prenait les mesures d'application de ces principes, avant de devenir une compétence exclusive de chacune d'entre elles.

Ainsi, à la suite d'une longue évolution institutionnelle<sup>6</sup>, la Polynésie française bénéficie d'une véritable autonomie dans l'élaboration du droit du travail applicable localement. Afin de mieux cerner cette autonomie, il est nécessaire de rappeler que la Polynésie française dispose d'un pouvoir normatif réglementaire à travers les lois du pays et les délibérations (*les lois du pays ont été instituées par la loi organique n° 2004-192, 27 févr. 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF n° 52, 2 mars 2004, p. 4183*). De manière plus précise, la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française attribue à la Polynésie française une compétence exclusive par défaut en matière de droit du travail<sup>7</sup>.

Quant à la Nouvelle-Calédonie, collectivité d'outre-mer *sui generis* (*cette spécificité de la Nouvelle-Calédonie apparaît très clairement dans la Constitution française de 1958 qui lui consacre un titre entier, le Titre XIII*), depuis la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF n° 68, 21 mars 1999, p. 4197*) définissant une répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, cette dernière est compétente dans les matières suivantes : « *droit du travail et droit syndical; formation professionnelle, sans préjudice des actions des provinces dans ce domaine, et attri-*

*bution de diplômes à ce titre; inspection du Travail* » (*L. org. 19 mars 1999, art. 22*). À l'instar de la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie dispose d'un pouvoir normatif *via* l'édition de lois du pays et de délibérations. Toutefois, il ne s'agit que d'une homonymie puisque la loi du pays calédonienne n'a pas simple valeur réglementaire; elle se hisse au rang des normes de valeur législative. Selon la loi organique précitée, « *les lois du pays interviennent dans les matières suivantes correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie ou à compter de la date de leur transfert par application de la présente loi* :

[...] 3°) *Principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale* ;

4°) *Règles relatives à l'accès au travail des étrangers* » (*L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, n° 99 relative à la Nouvelle-Calédonie, précit.*).

Le transfert de compétence du droit du travail de l'État à la Nouvelle-Calédonie est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

La Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française élaborent donc leur propre législation du travail. Le nouveau Code du travail dont il est question dans ce colloque ne s'applique, dans aucune de ses dispositions, à ces deux collectivités d'outre-mer.

La spécificité du droit du travail calédonien est d'autant plus marquée que cette collectivité *sui generis* a adopté son propre Code du travail<sup>8</sup>, entré en vigueur lui aussi le 1<sup>er</sup> mai 2008. La Polynésie française suit la même voie et codifie actuellement son droit du travail.

La législation du travail régissant l'ensemble du territoire français est donc l'œuvre de parlements distincts. Il existe dès lors au moins deux Codes du travail français. Ce terme de « *Code du travail français* » n'est donc pas approprié, tout comme celui de Code du travail national, étatique ou métropolitain. Qualifier le Code du travail en fonction de l'autorité compétente en matière de droit du travail ne peut pas non plus convenir dans la mesure où le Code du travail de l'outre-mer toujours en vigueur dans certaines collectivités d'outre-mer est également adopté par l'État français. Il faut donc avouer, au vu de cette mosaïque des régimes applicables au droit du travail français, qu'aucun qualificatif ne rend compte exactement du ●●●

4. Pour la Polynésie française : L. n° 86-845, 17 juill. 1986, relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du Travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, JOPF 10 sept. 1986, n° 26, p. 1138.

5. Pour la Nouvelle-Calédonie : ord. n° 85-1181, 13 nov. 1985, relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du Travail et du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, JORF 15 nov. 1985, p. 13227.

6. Le Code du travail de l'outre-mer de 1952 englobait dans son champ d'application territorial la Polynésie française. Le régime intermédiaire issu de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut de la Polynésie française avait institué un partage de compétence en matière de droit du travail entre l'État et la Polynésie française. L'État était compétent pour fixer les principes généraux du droit du travail et la Polynésie française adoptait les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre de ces principes. V. N. Meyer, « outre-mer - Polynésie française », *Ed. Jurisclasseur, « Travail traité »*, avr. 2010, fasc. 90-10, n° 1 et s.

7. La loi organique n° 2004-192, 27 févr. 2004 précit., donne compétence aux autorités de la Polynésie française dans tous les domaines qui ne sont pas de la compétence de l'État en vertu de cette même loi (art. 13). Dans la mesure où le droit du travail n'est pas mentionné comme relevant de la compétence étatique, il en découle que la Polynésie française a donc une compétence exclusive en la matière.

8. Partie législative : L. p. n° 2008-2, 13 févr. 2008, C. trav. de NC, JONC, 27 févr. 2008, p. 1442. Pour la partie réglementaire : délib. n° 366, 14 févr. 2008, C. trav. de NC, JONC, 27 févr. 2008, p. 1550.

●●● champ d'application *ratione loci* du Code du travail, objet du colloque. On pourrait faire référence au Code du travail « par défaut » pour qualifier le Code du travail issu de la recodification, car il peut éventuellement être considéré comme étant la référence commune à partir de laquelle les autres codes ont été élaborés, et au Code du travail spécifique, tel le Code du travail de la Nouvelle-Calédonie ou celui propre à Mayotte.

La césure entre le droit d'origine étatique et le droit local est d'autant mieux marquée que le droit du travail de la Nouvelle-Calédonie met clairement en exergue une volonté d'émancipation progressive de la législation du travail par rapport aux réformes adoptées, depuis lors, par le droit du travail régissant la plus grande majorité de la République française.

L'existence d'un contexte politique, social et économique très différent de celui de la métropole génère une législation de plus en plus divergente. Afin de mieux comprendre la conjoncture calédonienne, il convient de préciser que la Nouvelle-Calédonie connaît un taux de chômage inférieur au taux national, même si celui-ci est en forte augmentation depuis quelques mois. Le nombre de salariés est d'environ 80 000 sur une population totale en Nouvelle-Calédonie d'un peu moins de 250 000 habitants. Cette population est composée d'au moins un tiers d'autochtones relevant d'un système coutumier, très différent du système juridique français. De plus, la Nouvelle-Calédonie est composée d'une grande majorité de très petites entreprises et de quelques groupes de dimension internationale présents principalement en raison des ressources naturelles du territoire et en particulier du nickel. Un besoin criant se fait sentir en matière de formation professionnelle des populations locales, avec des formations adaptées aux besoins locaux. Quant aux syndicats locaux, ils sont relativement nombreux et puissants, sept d'entre eux étant par ailleurs considérés comme représentatifs sur l'ensemble du territoire. Le taux de syndicalisation en Nouvelle-Calédonie est à n'en point douter plus important que celui constaté en métropole (aucun taux n'est officiellement avancé, mais près de 80 % des salariés inscrits sur les listes électorales votent aux élections professionnelles).

9. L'accord interprofessionnel territorial (AIT) est l'équivalent en Nouvelle-Calédonie des accords nationaux interprofessionnels. AIT renégocié du 27 juill. 1994 sur [http://www.dte.gouv.nc/portal/page/portal/dte/documentation/conventions\\_accords\\_collectifs/accords\\_interprofessionnels/ait.pdf](http://www.dte.gouv.nc/portal/page/portal/dte/documentation/conventions_accords_collectifs/accords_interprofessionnels/ait.pdf).

Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie est le fruit d'un très long et laborieux processus de codification du droit local qui n'a pu aboutir qu'en 2008. L'adoption du Code du travail de Nouvelle-Calédonie ne pouvait être qu'un succès au vu de l'impérieuse nécessité qui existait de clarifier la législation du travail applicable localement.

## 1 UNE CODIFICATION LENTE ET LABORIEUSE

Depuis 1952, la Nouvelle-Calédonie était régie par le Code du travail de l'outre-mer. Au début des années 1980, une large concertation est menée entre l'État et les partenaires sociaux locaux afin de réactualiser ce code. Cette concertation n'aboutissant pas, la mise à jour se fera, d'une part, par l'abrogation de l'application du Code du travail de l'outre-mer à la Nouvelle-Calédonie et d'autre part, par l'adoption d'une ordonnance étendant à quelques exceptions près à la Nouvelle-Calédonie l'ensemble des dispositions législatives du Code du travail applicable en métropole (*ord. n° 82-1114, 23 déc. 1982, relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, JORF, 29 déc. 1982, p. 3899*). Toutefois, sans la partie réglementaire du Code du travail pour laquelle l'extension n'est intervenue qu'un an après, la partie législative ne pouvait que rester lettre morte (*Question Ass. nat., rép. n° 40012, JOAN Q, 7 nov. 1983, p. 4770*). En outre, l'extension n'organisait pas de régime particulier adapté au contexte local et alignait purement et simplement le droit du travail de Nouvelle-Calédonie sur celui applicable en métropole. Les partenaires sociaux ont alors contourné ces deux difficultés en concluant des accords collectifs et notamment l'accord interprofessionnel territorial du 13 juillet 1984<sup>9</sup>.

Suite à un changement institutionnel, l'édiction du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie est devenue une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, l'État fixait les principes directeurs du droit du travail et la Nouvelle-Calédonie prenait les mesures permettant de les mettre en œuvre et édictait ses propres règles dans les autres matières.

À partir de cette ordonnance de 1985 fixant les principes directeurs (*ord. n° 85-1181, 13 nov. 1985, relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances, JORF, 15 nov. 1985, p. 13227*), l'idée de codification du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie est née. Cependant, les premiers projets de codification du droit du travail ont échoué, principalement en raison de l'existence de « méandres juridiques » spécifiques à la Nouvelle-Calédonie, liés à son statut juridique *sui generis* en perpétuelle évolution vers une plus grande émancipation. Pour parvenir à la codification du droit du travail de Nouvelle-Calédonie, il a fallu attendre un transfert total de la compétence de cette branche du droit au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie afin de pouvoir élaborer une méthode viable de codification du droit du travail local.

### ► Un imbroglio juridique

La codification du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie butait principalement sur deux difficultés. La première, résolue par les changements statutaires, tenait à la détermination de l'autorité compétente pour codifier le droit du travail. La seconde difficulté perdurait et devait tôt ou tard être résolue, il s'agissait d'effectuer un travail minutieux et colossal d'inventaire et de consolidation des textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de droit du travail.

#### L'autorité compétente pour codifier le droit du travail

Le premier frein à la codification du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie provenait du partage de compétences institué par l'ordonnance précitée de 1985. Suite à l'adoption de nombreuses délibérations mettant en œuvre les principes directeurs fixés par l'ordonnance, le besoin de codifier le droit du travail s'est vivement fait ressentir. Un projet de codification a alors été rédigé, particulièrement ambitieux dans la mesure où, ayant pour objet de modifier le droit existant, il n'intervenait pas à droit constant.

Cette tentative de codification a échoué suite à un désaccord entre l'État et la Nouvelle-Calédonie quant à l'autorité compétente pour co-

difier le droit du travail de la collectivité. En effet, le ministère de l'Outre-mer interrogé sur ce point répondra que la Nouvelle-Calédonie ne dispose pas d'une délégation législative pour codifier les règlements territoriaux intéressant le droit du travail. Une délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie portant codification aurait excédé les pouvoirs qui lui étaient confiés.

Dans un tel contexte institutionnel, la codification du droit du travail ne pouvait pas voir le jour. Il a donc fallu attendre la loi organique du 19 mars 1999 transférant la compétence du droit du travail au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et instituant une obligation de codification des législations élaborées localement pour qu'une nouvelle tentative de codification voie le jour.

Cette question de la codification des seules dispositions locales s'est retrouvée lors de l'élaboration du premier Code du travail en vigueur aujourd'hui.

En effet, le Conseil d'État a rappelé lors de son avis sur le projet de loi du pays relatif à la codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie (*CE, avis, sect. soc., 10 et 11 juill. 2007, n° 380.639, inédit*) que cette collectivité n'était pas compétente pour modifier, voire abroger, des dispositions d'origine étatique. Tel était le cas, par exemple, de la disposition permettant d'engager en qualité d'apprenti un jeune âgé de quatorze ans. Cette disposition dérogeait en effet à l'âge de fin de l'obligation de scolarité édictée par le Code de l'éducation (*art. L. 131-1*). De même, la loi du pays ne pouvait pas abroger l'ordonnance de 1985 ni abroger des dispositions relatives à la compétence juridictionnelle dans la mesure où l'État demeure, en vertu de la loi organique de 1999, compétent en matière d'organisation judiciaire, ni modifier le régime des obligations civiles et commerciales, notamment les dispositions ayant trait aux privilèges spéciaux et aux saisies sur salaire, car même si la compétence de ces matières est transférable à la Nouvelle-Calédonie depuis 2009, cette compétence n'est pas encore effective à ce jour.

#### Le recensement et la consolidation de la législation du travail en Nouvelle-Calédonie

Au-delà de la question de l'autorité compétente et des textes pouvant être codifiés, l'œuvre ●●●

●●● de codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie se heurtait à un second problème, et non des moindres, celui du recensement des textes applicables en Nouvelle-Calédonie et de leur consolidation. Or, l'étape préalable et indispensable à toute entreprise de codification qui a pour objet de créer une référence commune se situe précisément, comme le rappelle fort justement Guy Braibant, dans le « *recensement systématique de tous les textes en vigueur dans une matière. C'est l'une des parties les plus difficiles de la codification car l'on a souvent du mal à distinguer ce qui est en vigueur et ce qui ne l'est pas* » (v. G. Braibant, « *La problématique de la codification* », *RFAP*, avril-juin 1987, n° 82, p. 165). Celui qui fût longtemps le président de la commission supérieure de codification a mis clairement en exergue la plus grande difficulté rencontrée lors de la codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie et de manière générale de la codification de toute branche du droit de l'outre-mer.

En Nouvelle-Calédonie, cette difficulté est triple en raison d'un *imbroglio* juridique lié aux différentes évolutions institutionnelles qu'a connues cette collectivité *sui generis*.

En premier lieu et avant même d'envisager une quelconque consolidation des textes applicables en Nouvelle-Calédonie, un travail colossal de recensement des textes applicables devait être entrepris<sup>10</sup>. Ce travail se trouvait compliqué par l'origine multiple des textes. Ainsi, le droit du travail néo-calédonien est composé de textes de valeur juridique inégale pris par au moins trois autorités différentes. Il était et est toujours constitué non seulement de normes d'origine étatique tels la loi organique de 1999, l'ordonnance de 1985 et des décrets, mais également d'arrêtés pris par le Haut Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, sans oublier l'adoption foisonnante de textes locaux constitués par les délibérations et les lois du pays.

Cette diversité des sources du droit complique à l'envi le travail de consolidation inhérent à toute codification et il faut avouer que personne en Nouvelle-Calédonie, aucun juriste, aucun des partenaires ou des acteurs sociaux, aucun avocat ou magistrat même spécialisé en la matière, ne connaissait exactement l'ensemble des textes ap-

plicables en droit du travail. Cette affirmation est encore vraie pour le droit de la sécurité sociale, non encore codifié et pour lequel de multiples textes à la fois étatiques et locaux s'appliquent encore à ce jour.

En second lieu, la difficulté du travail de consolidation a atteint son paroxysme avec le principe de spécialité législative sus-évoqué, ce dernier impliquant que les textes élaborés par le Parlement ou le gouvernement français ne soient applicables localement que si la Nouvelle-Calédonie le demande expressément.

Le recensement et la consolidation des textes deviennent alors un véritable cauchemar dans la mesure où la Nouvelle-Calédonie peut avoir demandé l'application d'une loi, mais ne jamais avoir sollicité l'application des modifications ultérieures de cette même loi, voire ne jamais en avoir demandé l'abrogation alors que la loi adoptée par le Parlement français a pour sa part été abrogée. Ainsi, alors que le texte d'origine étatique n'est plus en vigueur ou l'est encore mais après multiples modifications, la Nouvelle-Calédonie reste régie par la version initiale et ce, tant qu'elle n'a pas demandé expressément l'application des modifications ou l'abrogation du texte<sup>11</sup>.

En outre, la Nouvelle-Calédonie peut ne pas solliciter l'applicabilité d'un texte lors de son adoption, mais en faire la demande ultérieurement. De ce fait, la seule absence de mention expresse d'applicabilité dans un texte ne signifie pas pour autant qu'il n'est pas applicable à la Nouvelle-Calédonie, car son application a pu être étendue par un texte ultérieur. Codifier le droit du travail imposait donc également de vérifier si les textes non applicables à la Nouvelle-Calédonie lors de leur adoption ne l'étaient pas devenus *a posteriori*.

Enfin, lorsque le texte d'origine étatique est non seulement ancien, mais a de plus été abrogé sauf dans certaines collectivités d'outre-mer, voire parfois subsiste seulement pour la Nouvelle-Calédonie, il devient on ne peut plus difficile d'accéder matériellement à ce texte et donc d'en connaître le contenu (A. Gras, « *L'accès au droit en Nouvelle-Calédonie* », *Revue juridique, économique et politique de Nouvelle-Calédonie*, 2007-1, n° 9, p. 2).

À ce maquis de normes s'ajoute l'existence de lois dites « *de souveraineté* »<sup>12</sup> qui font échec au

10. La nécessité de recenser les textes nationaux applicables outre-mer n'est pas nouvelle. À cet effet, avait été créée par le décret n° 89-704 du 28 septembre 1989, une commission adjointe à la Commission supérieure de codification chargée de l'inventaire des textes applicables dans les « territoires d'outre-mer ». V. rapport d'activité de la Commission supérieure de codification, (nov. 1989 - nov. 1990), *JORF* n° 267, 17 nov. 1990, p. 14169.

11. CE, Ass., sect. content., 9 févr. 1990, Élections municipales de Lifou, *Rec. Lebon*, n° 107400 : un texte venant modifier un autre texte lui-même directement applicable à un territoire d'outre-mer n'est applicable directement à ce territoire que s'il contient des dispositions le prévoyant expressément. Cette décision constitue un revirement par rapport à la jurisprudence constante jusqu' alors (CE, 27 janv. 1984, *Ordre des avocats de la Polynésie française*, *Rec. Lebon*, n° 14815 et 14873).

12. L'article 6-2 de loi organique du 19 mars 1999 telle que modifiée par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 (*JORF*, n° 0180, 6 août 2009, p. 13095) donne désormais une définition des textes applicables « de plein droit », c'est-à-dire des textes dits de « souveraineté ».



principe de spécialité législative sus-évoqué en ce sens qu'elles sont directement applicables, et ce, en l'absence de disposition expresse du texte. Tel est le cas des principes de valeur constitutionnelle, ou des lois organiques... qui régissent également le droit du travail.

En troisième et dernier lieu, ce travail d'inventaire et de codification s'est vu considérablement compliqué par le fait que l'extension de l'application d'une loi à la Nouvelle-Calédonie devait non seulement faire l'objet d'une disposition expresse, mais encore d'une publication de ce texte au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, faute de quoi, il n'était pas applicable localement. Heureusement, désormais, cette publication au Journal officiel local n'a plus qu'une valeur informative et ne remet plus en cause l'applicabilité du texte depuis la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (*JORF* 22 févr. 2007).

Par conséquent, force est de constater que l'inventaire et la consolidation des textes régissant le droit du travail de Nouvelle-Calédonie avaient de quoi décourager toute autorité voulant se lancer dans une codification du droit du travail applicable localement.

Il est dès lors passionnant de s'attarder sur le travail de codification qui a été entrepris et qui a abouti à l'adoption du premier Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

## ► L'élaboration du Code du travail de Nouvelle-Calédonie

À l'instar de toute codification, les rédacteurs du projet de Code du travail ont défini les objectifs attendus de l'édiction de ce code. Pour y parvenir, la méthode de travail adoptée a consisté d'abord à définir le périmètre du Code du travail, ensuite à se fonder sur le respect du principe de la codification à droit constant et enfin d'effectuer un travail de codification fondé sur la concertation des différents acteurs sociaux concernés.

### Les objectifs poursuivis par la codification

Au vu du labyrinthe juridique qui vient d'être décrit, le travail de codification envisagé avait certes plusieurs objectifs, mais principalement

celui de rendre plus lisible le droit du travail applicable sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

Par la même occasion, et à l'instar de l'objectif poursuivi par le législateur métropolitain dans le cadre de la recodification du Code du travail, la Nouvelle-Calédonie tendait à la réalisation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit destiné à faciliter la connaissance du droit par les citoyens (*Cons. Const.*, 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 DC). Le fait de regrouper dans un document unique les règles du droit du travail permettait à toute personne de connaître les règles régissant tant les relations professionnelles individuelles que collectives.

Lors du vote au congrès de la loi du pays relative à l'adoption du Code du travail, le directeur du travail a également fait état d'une volonté de diminuer les conflits sociaux par la connaissance des règles régissant les relations de travail, car beaucoup d'entre eux reposeraient, selon lui, sur des revendications ou l'affirmation de droits sans connaître véritablement l'état du droit local<sup>13</sup>.

Cet état de fait se trouvait accru par l'existence d'un recueil des textes relatifs au droit du travail, édité par la Direction du travail en 1994 et jamais remis à jour depuis, sur lequel les acteurs sociaux et même la Cour de cassation se fondaient encore plus de dix ans après<sup>14</sup>...

Le second objectif annoncé consistait à mettre à jour les textes existants au regard de l'organisation institutionnelle résultant de la loi organique du 19 mars 1999.

Il s'agissait en premier lieu d'opérer une actualisation de pure forme ayant pour objet de modifier le nom des autorités désormais compétentes. En effet, la plupart des textes faisaient références soit au Territoire, soit à l'exécutif du Territoire ou encore au chef du service de l'inspection du Travail, ces termes ont été respectivement remplacés conformément à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie par : Nouvelle-Calédonie, gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et directeur du travail et de l'emploi.

En second lieu, la codification allait permettre de définir les compétences respectives *ratione materiae* des délibérations et des lois du pays, répartition qui n'était pas précisée par la loi organique. La difficulté provenait du fait que ●●●

13. « Je crois que tous les observateurs et les acteurs s'accordent à considérer que si la relation de travail est aussi souvent conflictuelle, c'est parce qu'elle ne s'inscrit pas dans le respect de la règle de droit. Mais comment pouvait-elle l'être avec un code qui justement n'existait pas, avec des textes qui n'étaient pas accessibles et qui étaient illisibles », *Compte rendu intégral des débats au Congrès, séance unique du jeudi 14 févr. 2008.*

14. *Cass. soc.*, 17 sept. 2003, n° 02-600.03, inédit (en ligne sur *juridoc*) : « Vu l'article 1466 du recueil des textes du droit du travail de la Nouvelle-Calédonie ; attendu qu'en application de ce texte, dans les dix jours de sa saisine, le tribunal d'instance statue sur les contestations relatives à la régularité des élections, sur avertissement donné trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées ». *Autres ex.* : *Cass. soc.*, 10 déc. 2003, n° 02-60.696, inédit ; *Cass. soc.*, 17 mars 2004, n° 03-60.116, *Bull. civ. V* n° 91, p. 81 ; *Cass. soc.*, 29 mars 2005, n° 04-60.246, inédit.

●●● lorsque le droit du travail était encore une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, la distinction entre les principes directeurs édictés par l'ordonnance de 1985 et le reste de la législation du travail adoptée localement ne correspondait pas à la répartition des compétences telle que définie par l'article 99 de la loi organique. En effet, celle-ci précise que les lois du pays déterminent les principes fondamentaux du droit du travail et les délibérations sont compétentes pour le reste. Le groupe de travail a alors décidé de se fier à la répartition des compétences telle que pratiquée en droit « national » au vu des articles 34 et 37 de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À titre d'exemple, relèvent ainsi du domaine réglementaire les règles de procédure autres que celles régissant le licenciement.

Le troisième objectif annoncé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie était de permettre aux acteurs sociaux d'appréhender l'état de la législation actuelle afin d'engager la réflexion sur les réformes à venir, notamment au regard d'une législation vieillissante et parfois lacunaire.

Un autre objectif, non annoncé comme tel par le gouvernement mais qui a animé le groupe de travail, était celui de parvenir à rédiger un code dont l'utilisation par ses usagers serait aisée. Après tant d'années de confusions et d'incertitudes quant à la réglementation applicable, un accès et une clarification du droit faisaient partie des objectifs à atteindre. Pour y parvenir, les principes directeurs de la codification ne pouvaient que chercher à obtenir le plus large consensus des acteurs sociaux dans le respect d'une codification à droit constant permettant ainsi de s'assurer de leur confiance.

### La méthode adoptée

En vertu de l'article 127 18° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, il revient au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de préparer « la codification des lois du pays et de la réglementation édictée par la Nouvelle-Calédonie » (JORF n° 68 du 21 mars 1999, p. 4197). Ce dernier a confié ce travail en 2004 à la direction du Travail et de l'Emploi qui est un service du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

La détermination de l'étendue de la codification du droit du travail dépendait des compétences matérielles reconnues à la Nouvelle-Calédonie, afin de ne pas codifier les dispositions qui mettent en œuvre une compétence de l'État. Ainsi, il n'était pas possible de modifier l'ordonnance de 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail.

Quant au périmètre du code, il s'agissait de codifier tout le droit du travail, mais rien que le droit du travail. De ce fait, n'ont pas été codifiées les dispositions statutaires du service médical interentreprises du travail, les modalités de gestion du régime d'assurance de chômage partiel ou total institué par la Caisse de compensation des prestations familiales et des accidents du travail (CAFAT) de Nouvelle-Calédonie ou encore l'organisation et le fonctionnement de la Commission d'orientation et de reclassement des handicapés.

Dans le même souci de clarté et de concision facilitant l'usage du code par ses usagers, il a été décidé de ne codifier que les lois du pays et les délibérations, à l'exclusion des arrêtés. De plus, les délibérations considérées comme trop techniques en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise n'ont pas été codifiées<sup>15</sup>. Leur codification rajoutait encore au travail déjà colossal à réaliser et risquait de retarder encore l'adoption du code.

Le plan du Code du travail retenu tend également à cet objectif de facilité d'utilisation par les citoyens, ressemblant fortement à celui adopté dans le cadre de la recodification du droit du travail par l'État français... Pour cause, le Conseil d'État a conseillé à la Nouvelle-Calédonie d'attendre l'adoption du plan de recodification pour s'en inspirer. Toutefois, il s'en distingue, notamment en raison de l'inutilité en Nouvelle-Calédonie de certains livres du code. Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie comprend une partie législative et une partie réglementaire découpée en livres, titres et chapitres (*Livre 1 – Les relations individuelles de travail; Livre 2 – Durée du travail et santé et sécurité au travail; Livre 3 – Les relations collectives de travail; Livre 4 – L'emploi; Livre 5 – La formation professionnelle; Livre 6 – Statuts particuliers; Livre 7 – Contrôle de l'application de la législation du travail*). Il contient actuellement sept livres et à l'instar du nouveau Code du travail

15. Par ex. : délib. congrès n° 547, 25 janv. 1995, relative à la protection des travailleurs contre les dangers des rayonnements ionisants; délib. comm. permanente n° 211/CP, 15 oct. 1997, relative à la protection des travailleurs contre les risques liés à l'imbalance de poussières d'amiante; délib. comm. perm. Congrès n° 323/CP, 26 févr. 1999, relative aux règles générales de prévention du risque chimique et à la fiche de données de sécurité.

« métropolitain », il permet d'accepter des ajouts futurs.

La détermination du périmètre du code comme l'ensemble des principes retenus découle d'un long processus de concertation. En effet, la volonté qui a prévalu au cours de la codification a été celle de la concertation destinée à garantir une large expression des différents points de vue sur le projet. L'idée sous-jacente était également d'obtenir un consensus afin qu'il n'y ait aucun risque de rejet du code lors de son adoption et que le Code du travail soit accepté par l'ensemble des acteurs. Ont ainsi été associés à l'élaboration du Code du travail de Nouvelle-Calédonie l'ensemble des partenaires sociaux, la commission consultative du travail (*instance créée par l'ordonnance n° 85-1181 du 13 nov. 1985*) et les membres du Tribunal du travail de Nouvelle-Calédonie composé d'un président, d'un magistrat professionnel et d'assesseurs.

De même, dans le souci d'obtenir sans difficulté l'approbation du Conseil d'État et du Conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, ceux-ci ont été associés durant la phase d'élaboration du projet, sans attendre qu'il soit achevé pour recueillir leur avis. Dans cette optique, le Conseil d'État a assuré une aide technique au travail de rédaction nécessité par la réécriture des textes qui s'imposait en raison d'une législation du travail parfois très ancienne combinée à la volonté de codifier à droit constant. Quant au Conseil économique et social, cette démarche en amont lui a permis de rendre un avis éclairé sur le projet de code qui lui était soumis<sup>16</sup>. Cette large concertation a été fructueuse puisqu'elle a permis à chacun des acteurs de s'approprier le Code du travail au fur et à mesure de son élaboration (à titre anecdotique, les partenaires sociaux faisaient référence aux articles du code avant même que celui-ci ne soit voté par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie).

De plus, retenant les échecs du passé, le gouvernement n'a pas souhaité modifier l'état du droit positif lors de la codification en intégrant des réformes. Il s'est plié aux dispositions de la loi du 12 avril 2000 (*loi n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 3, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n° 88, 13 avr. 2000, p. 5646*), en prenant également en compte les recommandations formulées par la

circulaire du 30 mai 1996 (*Circ. 30 mai 1996, relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF n° 129, 5 juin 1996, p. 8263*) et la Commission supérieure de codification. La codification à droit constant a été le principe retenu dès le départ de ce nouveau projet de codification, et ce, alors même que la loi précitée n'a pas été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie et qu'elle ne s'imposait donc pas.

De ce fait, les nombreux débats et controverses que suscitent la recodification du droit du travail n'ont pas lieu d'être s'agissant du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

Toutefois, de manière identique à la recodification qui a eu lieu au plan national, la codification du droit du travail néo-calédonien s'est faite à droit constant « *intelligent* »<sup>17</sup>, c'est-à-dire que des modifications consistant à remédier à d'éventuelles erreurs, abroger les dispositions devenues sans objet ou obsolètes, ou assurer une cohérence rédactionnelle des textes... ont été autorisées. Dans cette optique, dès lors que cela était possible, les termes juridiques ou notions ont été harmonisés avec ceux utilisés dans le nouveau Code du travail en cours d'élaboration en métropole. À titre d'exemple, l'emploi généralisé du terme « *employeur* » ou encore les dispositions relatives au comité d'entreprise ont été réécrites dans un but de lisibilité du droit en adoptant le principe d'une idée par article. La volonté d'évoluer conjointement a été réelle. L'idée était celle de retenir des formulations identiques afin de bénéficier d'une jurisprudence identique de la chambre sociale de la Cour de cassation, permettant aussi de se fonder sur les mêmes interprétations.

De même, certaines notions identiques étaient désignées de manière différente au gré des textes. Il a été réalisé une unification de ces notions : tel était le cas du terme « *préavis* » qui a remplacé celui de délai-congé, le congédiement a laissé place au licenciement, ou encore, contrairement cette fois au choix effectué lors de la recodification, la notion de rupture du contrat de travail a été préférée au terme de résiliation ou de cessation.

Les aménagements au droit constant ont également consisté en une mise en conformité de certaines dispositions à la hiérarchie des normes et au respect de principes constitutionnels ●●●

16. Pour la partie législative : CES de Nouvelle-Calédonie, rapport et avis n° 06/2007, 6 juill. 2007, concernant le projet de loi du pays relative à la codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie, JONC, 17 juill. 2007, p. 4454; pour la partie réglementaire : CES, avis n° 09/2007, 20 nov. 2007, concernant le projet de délibération relatif au Code du travail de Nouvelle-Calédonie, JONC 29 nov. 2007, p. 7704.

17. Selon l'expression de C. Courtier : « La codification du droit de l'outre-mer », mémoire IEP de Lyon, 2007, p. 41 : [http://doc-iep.univ-lyon2.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/MFE2007/courtier\\_c/pdf/courtier\\_c.pdf](http://doc-iep.univ-lyon2.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/MFE2007/courtier_c/pdf/courtier_c.pdf).

●●● tels que le principe de non-discrimination, notamment à propos d'une disposition accordant aux seules femmes le bénéfice du congé d'adoption alors que cette différence de traitement n'est justifiée par aucun élément objectif (*CE, avis, 10 et 11 juill. 2007, n° 380.639, inédit*).

Néanmoins, cette codification dite « à droit constant » a fait l'objet de certains aménagements qui dépassent ceux qui découlent de l'application normale et cohérente de ce principe. Il s'agit même parfois de véritables entorses à ce principe dans la mesure où la codification a été l'occasion de modifier, certes à la marge, le droit positif. Toutefois, cette évolution du droit n'a pas posé de difficultés en raison, d'une part, de l'absence d'obligation légale de codifier à droit constant et, d'autre part, de l'accord unanime des partenaires sociaux sur ces modifications du droit existant.

À titre d'exemple, les motifs du licenciement doivent être énoncés dans la lettre de licenciement, alors que la délibération d'origine disposait que l'employeur devait énoncer par écrit les motifs du licenciement, sans préciser l'obligation de le faire dans la lettre de licenciement. Cette modification n'a pas réellement posé de difficulté dans la mesure où elle a permis de se conformer à la jurisprudence du Tribunal du travail de Nouvelle-Calédonie sur ce point.

La création de nouvelles dispositions a également permis de combler un vide juridique. Tel était le cas de l'absence de précision, dans la délibération en vigueur, de l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable au licenciement d'un salarié membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La protection des membres du comité d'hygiène était bien précisée dans l'ordonnance de 1985 mais la délibération organisant la procédure à suivre ne la mentionnait pas expressément. De même, il existait un doute quant à leur protection après l'expiration de leur mandat. Le Conseil d'État a attiré l'attention du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, notamment sur l'absence de recours à l'autorisation administrative en cas de transfert ou de rupture du contrat de travail des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (*avis des 10 et 11 juillet 2007*).

À l'instar du nouveau Code du travail, objet de ce colloque, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. Il n'a pas fait pas l'objet d'autant de critiques dans la mesure où un accord unanime existait sur la nécessité de codifier le droit du travail, et aussi parce que la codification à droit constant n'était pas obligatoire.

## 2 UNE CODIFICATION GLOBALEMENT SATISFAISANTE

La nécessité impérieuse de codifier le droit du travail néo-calédonien ne pouvait aboutir qu'à un résultat plutôt satisfaisant dans la mesure où le seul recensement des textes applicables en Nouvelle-Calédonie et leur consolidation constituaient déjà une avancée considérable. Il reste néanmoins des difficultés non résolues par l'adoption du Code du travail, qui découlent pour l'essentiel du contexte particulier de la Nouvelle-Calédonie et de son importante diversité culturelle.

### ► Les objectifs atteints

Le premier objectif consistant à réunir dans un document unique l'ensemble de la législation du travail a été atteint. Aujourd'hui, seuls les délibérations et arrêtés relatifs à l'hygiène et à la sécurité ne sont pas codifiés. Toutefois, la volonté d'y remédier n'est pas à l'ordre du jour dans la mesure où le Code du travail de Nouvelle-Calédonie se veut facile d'utilisation, y compris par les non-juristes. Aussi, rajouter une troisième partie au code ou compléter par des normes techniques les parties déjà existantes reviendrait à ruiner la philosophie du code.

Le second objectif visé tenant à la mise à jour des textes est également réalisé. Pour la première fois, la Nouvelle-Calédonie peut enfin se targuer d'avoir précisément défini et identifié l'état du droit du travail. Le travail d'inventaire et de consolidation des textes est enfin achevé, au moins pour ce qui concerne le droit du travail. Pour autant, l'ouvrage reste à accomplir dans d'autres branches du droit, notamment en droit de la Sécurité sociale.

Le gouvernement a déjà entrepris quelques réformes du droit du travail et satisfait ainsi au

dernier objectif de la codification visant à appréhender le droit positif dans le but de prévoir les réformes à venir.

La plus importante des évolutions attendues depuis l'entrée en vigueur du Code du travail de Nouvelle-Calédonie concernait la santé et la sécurité au travail, les textes codifiés datant des années 1980 lorsque le droit du travail était encore une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, ceux-ci n'ayant jamais été revus depuis lors.

Ainsi, en s'appuyant sur les objectifs fixés par la directive-cadre européenne n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 et sur les dispositions de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, une loi du pays impose désormais à l'employeur l'obligation d'évaluer les risques, de les prévenir et de former les travailleurs (*art. L. pays 261-1 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie*)<sup>18</sup>. Ce plan de prévention doit figurer dans un document unique qui doit être réactualisé tous les trois ans. Quant au travailleur, il a l'obligation de veiller à sa santé, à sa sécurité et à celles des autres, notamment en utilisant correctement les machines et outils, les protections individuelles de sécurité et en informant l'employeur de toute défectuosité qu'il constaterait dans les systèmes de protection (*art. L. pays 261-10 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie*).

La codification a également mis en évidence l'absence de législation applicable en Nouvelle-Calédonie en matière de harcèlement moral ou sexuel. L'extension de l'application des sanctions pénales en ce domaine a été demandée et est intervenue en 2009<sup>19</sup>. Toutefois, aucun projet de loi du pays n'est à notre connaissance en cours d'élaboration pour adopter une législation locale de prévention du harcèlement dans l'entreprise. À l'heure actuelle, seuls les harcèlements avérés sont pris en compte, même si un consensus émerge pour reconnaître la nécessité de légiférer localement au regard du droit du travail.

De même, la mise en œuvre du dispositif de validation des acquis et de l'expérience, destiné à acquérir une certification professionnelle, vient d'être adoptée localement. Cette évolution, suivant en ce sens celle du droit national, se révèle particulièrement importante en Nouvelle-Calédonie,

où l'offre de formation n'est pas aussi diversifiée qu'en métropole et pour des populations qui n'ont pas nécessairement accès aux études ou aux formations.

Viennent enfin d'être ajoutées des dispositions concernant l'obligation de déclaration préalable à toute embauche<sup>20</sup>. Cette obligation existait déjà mais n'était pas précisément définie et surtout ne faisait l'objet d'aucune sanction en cas de non-respect. La même loi du pays a complété le dispositif de reclassement en matière de licenciement pour motif économique en prévoyant que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut financer conjointement avec l'entreprise des actions de reclassement. Il faut dire que l'économie de la Nouvelle-Calédonie est pour l'instant prospère et relativement épargnée des crises et notamment de la crise mondiale. Le dispositif de reclassement en cas de licenciement pour motif économique n'est certes pas inexistant, mais n'est pas non plus des plus élaborés. À titre d'exemple, les conventions de reclassement personnalisé ou le congé de reclassement n'existent pas en Nouvelle-Calédonie.

S'agissant du dernier objectif qui avait été dégagé, tenant à la volonté de rédiger un code facile d'accès pour l'ensemble de ses usagers, il est plutôt bien réalisé. Le code a été mis en ligne et a fait l'objet d'une diffusion gratuite auprès de l'ensemble des partenaires sociaux, des juridictions tant nationales que locales et des différentes institutions<sup>21</sup>. En ce sens, le code tend au mieux à remplir l'objectif constitutionnel de lisibilité et d'intelligibilité du droit, même s'il s'agit d'une branche du droit qui reste réservée aux initiés, mais n'est-ce pas là le propre du droit? À trop vouloir simplifier le droit, celui-ci ne perd-il pas la précision de son vocabulaire et de ses notions indispensables à sa subtilité?

Pour autant, le fait de bénéficier de références juridiques uniques et communes à l'ensemble des usagers facilite grandement l'appréhension du droit du travail local. En outre, de nombreuses formations destinées aux partenaires sociaux sont organisées et financées par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie afin que ceux-ci aient une meilleure connaissance des règles régissant les relations collectives de travail.

18. Loi du pays n° 2009-7 du 19 octobre 2009 relative à la santé et la sécurité au travail et modifiant le Code du travail de Nouvelle-Calédonie, JONC du 27 octobre 2009, p. 8724.

19. Ord. n° 2009-537 du 14 mai 2009 portant extension et adaptation à Mayotte, dans les îles Wallis-et-Futuna, en Polynésie française, dans les Terres australes et antarctiques françaises et en Nouvelle-Calédonie de diverses dispositions de nature législative, JORF n° 0112 du 15 mai 2009, p. 8150.

20. Loi du pays n° 2010-1 du 12 janvier 2010 portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie, JONC du 21 janvier 2010, p. 463.

21. Téléchargeable et/ou consultable gratuitement sur les sites de juridoc (<http://www.juridoc.uv.nc>) (équivalent local du site Legifrance) et sur le site de la direction du Travail et de l'Emploi de la Nouvelle-Calédonie ([www.dtc.nc](http://www.dtc.nc)).

●●● Pour finir, il faut noter que la plus grande réussite résulte de l'équilibre qui a été trouvé lors de l'élaboration du Code du travail entre les différents acteurs sociaux. Le Code du travail est issu d'un large consensus et en ce sens, c'est le meilleur gage de reconnaissance et d'appropriation de ce Code du travail tant attendu. L'adoption du code par les partenaires sociaux s'est même faite avant son entrée en vigueur... la plupart d'entre eux utilisant dès le projet de codification la numérotation des articles qui allait être retenue pour faire référence à telle ou telle règle de droit du travail. N'est-ce pas là la preuve de son succès ?

Pour autant, le Code n'est pas dénué de défauts.

## ► Les faiblesses du Code du travail de Nouvelle-Calédonie

Si l'entrée en vigueur du Code du travail de Nouvelle-Calédonie a été un franc succès, il n'en demeure pas moins que des dispositions illégales ont été volontairement insérées dans la loi du pays instituant le Code du travail de Nouvelle-Calédonie. De plus, celui-ci n'a pas réussi à atteindre certains objectifs officiels.

### Les illégalités du Code du travail de Nouvelle-Calédonie

Lors du vote du Code du travail au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, un amendement a été introduit consistant à abaisser l'âge de l'entrée en apprentissage à 14 ans au lieu de 16 ans. Cette dérogation à l'obligation scolaire ne relève pas d'une compétence locale, mais étatique. Par conséquent, la Nouvelle-Calédonie n'est pas en mesure de modifier l'âge à partir duquel l'obligation scolaire prend fin et ne peut donc « *organiser le contournement de l'obligation scolaire en violation des dispositions de l'article L. 131-1 du Code de l'éducation* ». Le Conseil d'État avait déjà attiré l'attention du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur ce point (*avis précit. 10 et 11 juill. 2007*). Néanmoins, lors du vote de la loi du pays relative au Code du travail, cette disposition a été réinsérée en violation délibérée de la compétence étatique, en raison de la détermination des partenaires sociaux en ce sens (*art. L. pays 522-2 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie*). Le consensus recherché avec les partenaires sociaux est donc

tel qu'il peut faire fi d'une disposition étatique. Le besoin d'équilibre de la société calédonienne et des relations pacifiées sont tels qu'ils permettent de passer outre la légalité. Si ce phénomène devait se répéter, il créerait une certaine insécurité juridique dans la mesure où les dispositions législatives illégales portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Elles pourraient faire l'objet, en cas de contentieux judiciaire, d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel.

Dans le même ordre d'idée, a été adoptée une règle en contradiction flagrante avec la hiérarchie des normes. Il s'agit du chèque emploi-service qui déroge localement aux dispositions relatives aux congés payés. Or, cette dérogation à une disposition de nature législative est intervenue par voie de délibération, c'est-à-dire par une norme de valeur réglementaire. Il y a bien là une entorse au principe de la hiérarchie des normes et au respect du parallélisme des formes.

Outre la consécration de ces illégalités, la plus grande critique que l'on puisse adresser au Code du travail et au droit du travail de Nouvelle-Calédonie concerne sans doute ses lacunes.

### Les lacunes du Code du travail de Nouvelle-Calédonie

Lors des débats au Congrès de la Nouvelle-Calédonie relatifs au vote de la délibération concernant la partie réglementaire du Code du travail, le directeur du Travail et de l'Emploi de Nouvelle-Calédonie expliquait que l'adoption du Code du travail allait permettre de diminuer les conflits du travail. Les rapports de travail ne s'inscrivaient pas, selon lui, dans le respect de la règle de droit étant donné qu'il n'y avait pas de code permettant de bien la connaître (*v. compte rendu des débats au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, deuxième mandature, session extraordinaire de février 2008, séance unique du jeudi 14 février 2008*).

Certes, une légère diminution des conflits collectifs a pu être constatée, mais elle ne résulte pas de l'entrée en vigueur du Code du travail. Celle-ci s'est en effet amorcée dès 2007, alors que le Code du travail était encore à l'état de projet. De plus, le bilan des conflits collectifs de l'année 2009 fait état d'une progression significative de ces conflits entre août 2008 et juillet 2009 (environ

dix conflits par mois entre mars et juin 2009), et plus généralement sur l'année 2009 (48 conflits recensés par la Direction du Travail en 2008, 65 en 2009). La raison du maintien d'un nombre important de conflits sociaux en Nouvelle-Calédonie ne découle donc pas d'un manque de connaissance du droit du travail. Il résulte d'autres circonstances spécifiques à la Nouvelle-Calédonie et à son histoire.

En dehors des grèves très particulières engendrées par l'incarcération d'un syndicaliste pour des délits commis dans le cadre de grèves (condamnation pour provocation directe à un attroupement armé et complicité de violences aggravées), de nombreux conflits sociaux ont pour objet de revendiquer l'octroi de primes ou une augmentation des salaires *minima*, qu'il s'agisse du salaire minimum garanti (SMG, équivalent du smic) ou des *minima* conventionnels. Le salaire minimum garanti en Nouvelle-Calédonie est inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance alors que le coût de la vie est bien plus élevé que celui de la métropole<sup>22</sup>. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie vient de prendre conscience de ce problème et a récemment décidé d'adopter des mesures de rattrapage sur trois ans. Le bilan de cette politique au regard des conflits sociaux ne pourra être fait qu'à la fin de l'année 2010, voire à l'issue des trois années de rattrapage.

Le problème des rémunérations est récurrent en Nouvelle-Calédonie tout autant que l'est celui de la sécurité au travail ou de l'emploi local qui génèrent un nombre considérable de contentieux. La défense de l'emploi (10 conflits en 2009) est, après les salaires et primes (28 conflits en 2009), le deuxième motif des conflits collectifs. En troisième lieu, viennent les conditions de travail et notamment les relations du travail en entreprise et l'hygiène et la sécurité (6 conflits sur la même année).

Il sera intéressant de suivre l'évolution des conflits collectifs liés aux problèmes de sécurité et de santé au travail, après une année d'application de la législation qui vient d'être adoptée en la matière à la fin de l'année 2009 (*loi du pays n° 2009-7, 19 oct. 2009, relative à la santé et la sécurité au travail et modifiant le Code du travail de Nouvelle-Calédonie, JONC 27 oct. 2009, p. 8724*).

S'agissant du problème très particulier de l'emploi local, le préambule de l'Accord de Nouméa de 1998 prévoit, afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, que « *des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie* »<sup>23</sup>. Depuis lors, de nombreux projets de lois du pays ont vu le jour, mais jamais aucun n'a réussi à être adopté par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Il faut dire qu'il s'agit d'une question juridique, mais aussi et surtout d'une question politique éminemment délicate qui oppose les loyalistes aux indépendantistes. Un texte a été élaboré non sans mal par les partenaires sociaux et devait être adopté à la fin de l'année 2009. Lors du vote au Congrès, le texte a fait l'objet d'un blocage politique et n'a toujours pas été adopté. Il est pourtant très attendu et en l'absence de textes fixant le régime juridique de la priorité d'emploi, les appréciations subjectives vont bon train et suscitent nombre de conflits, certains interprétant l'emploi local comme le recrutement non seulement de personnes pouvant justifier d'une durée suffisante de résidence, mais en outre comme devant être mis en œuvre le plus localement possible, le critère de la compétence égale et des qualifications équivalentes n'étant pour d'autres que secondaire. D'autres entendent l'emploi local comme étant l'emploi « *localisé* », c'est-à-dire situé dans la commune où l'entreprise ou l'établissement est établi. Il vise alors le recrutement de salariés ayant leur habitation principale sur la même commune que le lieu d'exécution du contrat de travail. Il n'est pas fait référence au siège social dans la mesure où celui-ci se situe quasiment toujours à Nouméa.

Tant que la loi relative à l'emploi local ne sera pas entrée en vigueur, les conflits et les interprétations personnelles de l'emploi local continueront à l'envi, en raison de l'absence de régime juridique clairement défini.

Enfin et surtout, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie n'a pas réussi à atteindre l'objectif fondamental consistant à construire l'unité des populations vivant en Nouvelle-Calédonie. Il contribue lui-même à cette absence d'unité, de « *destin commun* » pour reprendre le terme proclamé dans l'Accord de Nouméa. Le code ●●●

22. Le salaire horaire minimum (brut) est fixé à 781,07 XPF, soit 6,55 € : arrêté n° 2010-425/GNC du 18 janvier 2010, JONC 19 janvier 2010, p. 318.

23. Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 (JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039) qui a une valeur constitutionnelle : « le principe de mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, pour l'accès à un emploi salarié ou à une profession indépendante, ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou dans la fonction publique communale, trouve son fondement constitutionnel dans l'Accord de Nouméa » (D. n° 99-410 DC, 15 mars 1999).

●●● ne peut parvenir à cette unité dans la mesure où il ne concerne qu'une partie seulement de la population résidant en Nouvelle-Calédonie et ne prend absolument pas en compte un nombre important de salariés, ceux relevant à titre personnel d'un statut coutumier.

Le Code du travail est certes un code du Pacifique, mais c'est un code qui met en œuvre des principes occidentaux. Or, la population de la Nouvelle-Calédonie est composée non seulement de Français, de Calédoniens, d'Européens, mais aussi d'une importante communauté autochtone dont les comportements sont régis par la coutume. Il faut également faire état d'une importante communauté asiatique, polynésienne et wallisienne, cette dernière étant par ailleurs régie par d'autres coutumes, différentes de la coutume kanak.

Ainsi, la population kanak, régie pour une grande majorité par ses coutumes, ne comprend pas les règles écrites contenues dans le Code du travail, alors même qu'elle y est soumise dès lors qu'un contrat de travail est conclu. À titre d'exemple, un salarié d'origine mélanésienne peut s'absenter de son travail pendant plusieurs jours sans même prévenir l'employeur, tout simplement parce qu'il n'a pas besoin d'argent, ou parce qu'il a une cérémonie coutumière, ou encore un travail d'intérêt collectif à réaliser pour la tribu. L'employeur (non mélanésien) va alors prendre une sanction à l'encontre de ce salarié en raison de son absence injustifiée. Très souvent, ce dernier n'admettra pas la sanction qui lui est infligée lorsqu'il essaiera de replacer cette sanction dans sa propre échelle de valeurs. De même, un salarié kanak peut envoyer travailler un membre de sa famille à sa place si lui n'est pas disponible. Or, l'employeur se basant sur le contrat *intuitu personae* conclu avec le salarié ne peut imaginer que la prestation de travail sera faite par une autre personne que le salarié avec lequel il est contractuellement lié.

Ces différences culturelles ne sont absolument pas intégrées ou même prises en considération par le droit du travail positif. D'autres matières au contraire, telles que le droit de l'environnement ou le droit de la famille, reconnaissent et prennent en compte le statut coutumier. Il semble que pour diminuer le nombre de conflits collectifs, et sur-

tout pour que l'objectif de réception, de compréhension du Code du travail soit atteint, il s'avère indispensable d'adapter certaines règles du droit du travail local afin de tenir compte du contexte coutumier. Par exemple, la mise en place d'une procédure disciplinaire dans laquelle les chefs coutumiers seraient présents pourrait permettre de mieux comprendre les positions respectives des parties contractantes.

Il s'agit de problèmes particulièrement difficiles à résoudre en raison de la nécessité d'intégrer la norme coutumière nécessairement orale dans la règle de droit écrite régissant les relations de travail. Cette difficulté est d'autant plus prégnante que la Cour de cassation vient récemment de juger que le droit du travail ne relevait pas du statut civil coutumier et ne permettait donc ni la présence d'assesseurs coutumiers devant le Tribunal du travail ni l'application de la coutume au litige en présence, et ce, même si le contrat de travail est conclu entre un employeur et un salarié relevant du statut coutumier (*Cass. soc.*, 10 févr. 2010, n° 08-700.84, *Bull. civ. V n° 321*). Cette position qui doit être approuvée sur le plan strictement juridique ne permet pas d'envisager une ouverture à la coutume dans les litiges relatifs au droit du travail. Pour autant, un terrain de rencontre peut être trouvé entre les deux, dans la mesure où, d'une part, l'un des principes de fonctionnement de la société mélanésienne repose sur les palabres, et où, d'autre part, la négociation est un des piliers du droit du travail, d'autant plus recherchée en Nouvelle-Calédonie où les équilibres sont souvent fragiles.

Malgré ces lacunes liées à des enjeux politiques importants et sur lesquels la Nouvelle-Calédonie ne pourra pas toujours faire l'impasse, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie constitue à n'en point douter une énorme avancée tant il y avait à faire sur la question de la détermination et de la connaissance du droit du travail applicable localement. La lisibilité, l'intelligibilité et l'accès au droit du travail s'en trouvent renforcés par l'adoption du Code du travail même si jusqu'alors la règle selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi » restait de mise... mais quelle chimère était-ce alors, même pour les spécialistes du droit du travail ! ■



# Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger

## Approche comparative de la codification du droit du travail

María Areta Martínez, Professeur des universités, département du droit du travail et de la sécurité sociale, Université Rey Juan Carlos (Madrid, España) <sup>1</sup>

### Première partie: analyse comparée des Codes du travail

## 1 INTRODUCTION

Le droit du travail est la branche du droit qui régit les relations individuelles du travail et les relations juridiques qui en découlent. Il est apparu à l'ère de la révolution industrielle. Dans la quasi-totalité des pays, le droit du travail est une branche juridique qui a son autonomie et sa substance propre<sup>2</sup>. Il fait partie d'une réalité sociale singulière et différenciée et fait référence à toute une série de concepts, de catégories juridiques, d'institutions et des principes propres qui justifient son existence. L'idée d'autonomie, quant à elle, signifie que le droit du travail se différencie des autres branches du droit. Le droit du travail jouit d'une autonomie normative, institutionnelle, scientifique et académique ce qui n'empêche pas toutefois ses liens avec d'autres branches du droit (droit civil, droit pénal, droit commercial, droit constitutionnel, droit de la procédure/judiciaire, etc.) du fait de l'unicité du droit.

À la différence d'autres branches du droit, l'origine du droit du travail est relativement récente : une de ses caractéristiques est son évolution permanente ; avec le XXI<sup>e</sup> siècle et dans de nombreux pays, cette évolution s'est avérée considérable du fait de la concomitance de différents facteurs sociaux, économiques, juridiques, politiques et autres. Dans certains pays, l'expansion et le développement du droit du travail ont donné naissance à grand nombre de normes dont la dispersion et la fragmentation ont compliqué dans bien des cas la lisibilité du système juridique régle-

mentant les relations de travail et ont de fait mis en péril certitude et sécurité juridiques, éléments essentiels voire fondamentaux dans un État de droit. Cette situation montre clairement l'importance de la technique juridique choisie pour réglementer les relations de travail puisque c'est de cette technique que vont dépendre en grande partie les certitudes et sécurités juridiques du droit.

## 2 LA RÉGLEMENTATION DU DROIT DU TRAVAIL : LES TECHNIQUES JURIDIQUES

L'ordre juridique en général et le droit du travail en particulier obéissent aux exigences apparemment contradictoires de stabilité (capacité à offrir une sécurité juridique) et de souplesse (capacité d'adaptation à des situations évolutives). La sécurité juridique est un principe général que l'on retrouve dans la quasi-totalité des systèmes juridiques. Elle constitue une valeur fondamentale dans la réglementation des relations sociales et s'applique au fonctionnement de tous les organes de l'État. Il est dit que la sécurité juridique est la somme de la certitude et de la légalité, de la hiérarchie et de la publicité normative, de la non-rétroactivité de ce qui n'est pas favorable et de l'interdiction de l'arbitraire. Par ailleurs, la sécurité juridique ne souffre pas de sa coexistence avec le concept de flexibilité.

Le tribunal constitutionnel espagnol indique :  
– qu'une innovation apportée au système juridique ne fragilise pas le principe de sécurité juridique si elle est conduite de façon précise, ●●●

1. *Communication traduite par F. De Grandcourt, Interprète de conférence AIIC.*

2. *Sur la signification et la portée des caractères de substantivité et d'autonomie, v., Alonso García, M. : « Técnica jurídica en la codificación del Derecho del Trabajo », Revista de Política Social, n° 27, 1955, p. 63-73; y Pérez Botija, E. : El Derecho del Trabajo. Concepto, sustantividad, relaciones con las restantes disciplinas jurídicas, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1947.*

●●● sûre, si elle est publiée formellement et selon une norme de rang approprié (*jugement T. const. n° 65, 21 mai 1987*);

– qu'on n'enfreint pas le principe de sécurité juridique lorsque le législateur effectue des modifications de normes juridiques ayant une incidence sur les relations ou situations juridiques préexistantes (*jugement T. const. n° 129, 16 juill. 1987, et n° 210, 20 déc. 1990*);

– que les omissions ou insuffisances de la loi n'affectent le principe de sécurité juridique que lorsque son contenu ou ses carences peuvent engendrer doutes ou confusions (*jugement T. const. n° 142, 22 avr. 1993*);

– que le principe de sécurité juridique se prévaut de la norme et non d'une relation quelconque avec les faits de telle sorte que, lorsqu'évolue la situation non factuelle déterminant la modification de l'application de la norme, la fragilisation dudit principe ne peut pas lui être imputée (*jugement T. const. n° 199, 10 déc. 1990*).

Un aspect particulièrement utile pour éclairer le sujet que nous traitons ici est celui de la prévisibilité dans la façon de légiférer car la certitude par rapport à l'ordre applicable et aux intérêts juridiquement protégés est indispensable, tout comme le fait que le législateur fasse preuve de clarté, évite toute confusion, étant entendu que la sécurité juridique est fragilisée lorsque le contenu d'une norme induit des doutes qui génèrent une incertitude difficile à lever malgré le recours à l'herméneutique juridique usuelle (*jugement T. const. n° 150, 4 oct. 1990; n° 212, 19 déc. 1996; n° 104, 13 avr. 2000*). Il existe différentes techniques législatives possibles : la compilation, la refonte, la codification, etc.

Il est donc essentiel d'analyser quelle est la technique législative la plus appropriée pour :

– permettre la connaissance du droit du travail, garantissant ainsi conjointement sécurité juridique et flexibilité;

– éviter la complexité et la dispersion de la législation du travail;

– permettre et assurer l'application effective des règles juridiques aux hypothèses concrètes dérivées des relations de travail.

Comment réglementer le droit du travail? La question revêt une grande importance. En effet, une technique juridique imparfaite va se traduire

par l'imperfection du droit. En revanche, une technique législative idoine confèrera un caractère solide et durable au système juridique qui ne sera donc pas un simple ensemble de règles à la validité transitoire mais une œuvre durable.

## 3 CODIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL : ANALYSE COMPARÉE

Une des conséquences logiques de l'autonomie du droit du travail est qu'il dispose d'un système normatif autonome. Le fait que le droit du travail jouisse d'une autonomie dans la majorité des États favorise le recours à une technique législative, à savoir la codification. Une fois établie l'autonomie du droit du travail, celui-ci peut tout à fait avoir son propre code indépendant fondé sur les postulats essentiels qui lui servent de base et qui de ce fait s'inspirent des mêmes critères.

La codification d'une branche du droit entraîne au moins les effets suivants :

– elle décrit toute une série de conditions et de qualités juridiques;

– elle en permet l'explication claire et succincte et en offre donc une meilleure connaissance;

– elle garantit la stabilité, la sécurité juridique et la permanence institutionnelle;

– elle constitue un moyen d'atteindre l'unité juridique dans la réglementation d'une branche donnée du droit.

En fait, la codification apporte stabilité, sécurité juridique et permanence institutionnelle. La question est de savoir si la codification du droit du travail offre, au-delà de la sécurité juridique, une certaine souplesse dans la réglementation du système des relations de travail en s'adaptant aux changements. Sur ce point, il convient de signaler que l'idée de permanence et de stabilité qui accompagne les codes n'est pas incompatible avec le concept de changement et d'adaptabilité, le tout dépendant des mécanismes prévus pour l'actualisation des codes.

L'aphorisme juridique romain « *l'ignorance de la loi n'est pas une excuse* » (*ignorantia legis non excusat*) prend toute sa place dans le monde juridique moderne qui lui confère une triple dimension : la première fait référence à la présomption de connaissance des normes par le

simple fait de sa publication au Bulletin officiel ; la seconde est relative à l'éventuelle efficacité juridique de la preuve de l'ignorance de la loi ; la troisième est en relation avec le devoir de l'État qui doit s'efforcer de permettre la connaissance de la norme<sup>3</sup>. La codification permet et offre précisément la connaissance d'une branche du droit.

La connaissance des institutions juridico-sociales se heurte à des écueils lorsque leur réglementation, au lieu d'être systématisée dans un code, se trouve dispersée dans de multiples normes juridiques, parfois de rang différent. La connaissance du droit du travail est accessible lorsqu'elle est compilée dans un Code du travail structuré de façon systématique. La connaissance du droit du travail peut être encore mieux garantie si, outre le fait d'être codifié, le Code du travail est actualisé en permanence avec tous les amendements, suppressions, modifications permettant de disposer de versions consolidées, et si l'accès au Code du travail est public et libre et sa consultation gratuite sur Internet. La différence entre les codes traditionnels ou classiques et les codes modernes réside en partie dans le mode d'accès, selon qu'ils disposent de versions consolidées ou non, et dans le fait que leur consultation est publique ou non, gratuite ou payante. On peut affirmer que le Code du travail français est un exemple de modernité : il est en effet constamment mis à jour et sa consultation est publique et gratuite *via* le portail Legifrance sur Internet ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) ; ce portail permet de s'informer sur le droit du travail français y compris hors de France<sup>4</sup>.

La question de la codification du droit du travail est traitée différemment selon les pays :

- certains pays n'ont jamais codifié le droit du travail ;
- d'autres pays ont mené à bien des expériences de codification mais ne disposent pas à l'heure actuelle de Code du travail à proprement parler ;
- d'autres pays ont inclus tout ou partie de leur législation du travail dans des codes d'autres branches du droit, notamment dans les codes du droit civil et de la procédure civile
- enfin dans certains pays, le Code du travail est une réalité bien qu'il faille faire la distinction entre les pays dont le Code du travail traite de

l'ensemble de la législation du travail et ceux qui comptent des lois et dispositions complétant la législation du travail en marge ou hors du Code du travail.

## ► Les pays qui n'ont jamais eu de Code du travail : la « Common law »

Certains pays de l'Union européenne n'ont jamais eu de Code du travail. C'est, par exemple, le cas de l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, Malte, les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou la Suède. Il convient de distinguer les pays qui n'ont pas de Code du travail parce que leur législation n'a pas atteint la maturité nécessaire ou parce qu'ils n'ont pas créé les circonstances propices à son développement, de ceux où l'absence du Code du travail n'est due à aucune des raisons précitées mais plutôt à une conception du droit fondée sur la résolution de cas particuliers par la jurisprudence ; dans ce dernier cas le système juridique est basé sur la *Common law* qui rend impossible toute codification y compris celle du droit du travail. Le Royaume-Uni est l'exemple type du pays qui obéit au principe de la « *Common law* » et où le concept même de codification est inenvisageable.

Tout du moins existe-t-il deux causes qui rendent inapplicable la codification du droit du travail au Royaume-Uni : d'une part, l'essence même du droit basé sur la *Case law*, réaction à la codification, et, d'autre part le pouvoir des *Trade-unions* (syndicats) à l'origine des conventions collectives sur les conditions de travail, avec pour seule intervention des pouvoirs publics celle qui se limite en général à favoriser les concertations entre acteurs syndicaux. Nonobstant, il convient de signaler l'existence de certaines normes de travail écrites, notamment celles qui supposent la transposition dans l'ordre juridique interne du droit social communautaire comme, par exemple, la loi de 1996 sur l'obligation de l'employeur d'informer par écrit le salarié sur les éléments essentiels du contrat de travail (transposition de la directive 1991/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991). En réalité, la *Common law* complique la transposition du droit social ●●●

3. V. Martínez Girón, J. Y. Arufe Varela, A. : *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña (España), 2007, p. 3 y 4.

4. Le décret français n° 2002/1064 du 7 août 2002 relatif au service public de diffusion du droit à travers Internet a pour objet de permettre l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence et à la particularité d'offrir dans tous les cas la version consolidée des textes normatifs.

●●● communautaire dans le système juridique interne du Royaume-Uni, d'une part en raison du fait que les normes que les États membres adoptent pour intégrer le contenu d'une directive dans leur système juridique doivent faire mention expresse de la directive à transposer, et, d'autre part, dès lors que les États membres doivent communiquer à la Commission européenne le texte sur les dispositions fondamentales de droit interne adoptées dans le cadre régi par la directive en question.

## ► Les pays qui ont une expérience de la codification mais ne disposent pas actuellement d'un Code du travail : le cas de l'Espagne

L'élaboration d'un Code du travail, en tant qu'instrument législatif, est une idée qui a toujours existé en Espagne, depuis les origines du droit du travail, mais elle ne s'est jamais concrétisée. À la différence du droit pénal, du droit civil ou du droit commercial, le cadre normatif du droit du travail n'a jamais revêtu la forme d'un véritable Code du travail en Espagne, sauf le « Code du travail » de 1926, approuvé par décret-loi royal du 23 août 1926 mais qui n'en était pas réellement un, au sens strict du terme. Son exposé des motifs indiquait d'ailleurs qu'il était limité et ne régissait pas les questions afférant au droit du travail<sup>5</sup>. Pourtant, il constitua une avancée considérable dans l'évolution de la législation espagnole du travail. Le Code du travail de 1926 était structuré en quatre livres. Le Livre I sur le contrat de travail était composé de trois titres traitant respectivement du contrat de travail en général, du contrat de travail en relation avec les services publics et au contrat d'embauche. Les Livres II, III et IV étaient consacrés respectivement au contrat de travail, aux accidents du travail et aux tribunaux nationaux.

La question de l'élaboration d'un Code du travail s'était posée avant 1926 à l'occasion du projet contrarié de la création de l'Institut du travail en 1902. À l'époque, les spécialistes qui participèrent à l'élaboration dudit projet préparèrent un ouvrage contenant toute la matière compilée à cet effet<sup>6</sup> et s'interrogèrent sur la façon dont il convenait de légiférer en proposant trois pistes : poursuivre

l'adoption de lois isolées, entreprendre la rédaction d'un code de l'industrie, adopter une grande loi sur le contrat de travail qui reprendrait les lois existantes et adopterait celles manquantes pour régir le contrat de travail, laissant les autres points à des lois spécifiques. Parmi les trois options, le choix des initiateurs du projet de l'Institut du travail se porta sur les textes refondus et complétés par des lois spécifiques sur des points concrets. C'est donc l'orientation qui a été donnée au droit espagnol.

Le droit espagnol du travail n'a jamais pris la forme d'un véritable Code du travail, bien que la disposition complémentaire au décret-royal législatif 1/1995 en vigueur qui approuve le texte refondu sur le statut des travailleurs (ET/1995) le permette : « *Le gouvernement, sur proposition du ministère du Travail et de la Sécurité sociale, rassemblera dans un texte unique appelé Code du travail, les différentes lois organiques et ordinaires, qui conjointement à la présente, régissent tout ce qui relève du travail, le tout organisé en titres séparés (un titre par loi) avec numérotation correspondante et dans le respect intégral du texte littéral.*

*De même, toutes les dispositions générales sur le travail seront intégrées par la suite de façon périodique audit Code du travail, conformément au processus fixé par le gouvernement quant à la méthode d'intégration et selon le rang des normes intégrées.* »

La disposition complémentaire n° 8 de l'ET/1995 n'est pas une nouveauté et reprend littéralement le contenu de la disposition complémentaire antérieure n° 3 du statut des travailleurs de 1980 (ET 1980)<sup>7</sup>. Malgré la persistance dans le temps de cette prévision normative, la réalité est que le législateur espagnol n'a jamais opté pour la codification en matière de droit du travail. Le système juridique espagnol des relations de travail a toujours été conçu autour de lois principales (lois sur le contrat du travail de 1931 et 1944, loi sur les relations de travail de 1976, loi sur le statut des travailleurs et texte de loi refondu en vigueur sur le statut des travailleurs de 1995) et autour d'un ensemble de dispositions juridiques et réglementaires complémentaires conjointement aux conventions collectives statutaires d'utilité

5. *El Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 aprobó el Código de Trabajo que, en realidad, tal como reconoció su Exposición de Motivos, no se trataba de un verdadero Código : el código no abarca todo el derecho del trabajo; es, por lo tanto, parcial, como sus congéneres; como ellos exige para el comienzo de la unificación de los puntos que, en los vastos dominios de una reglamentación tan profusa y oscilante, ofrecen mayor peculiaridad a su particular idiosincrasia, más estabilidad, utilidad y madurez mayores. Sobre la labor codificadora, por todos, véase : De La Villa Gil, L. E. : *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p. 185-190.*

6. *El frustrado Proyecto para la creación de un Instituto de Trabajo fue remitido a las Cortes el 11 de abril de 1902, por iniciativa del Ministro de Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas, José Canalejas. Los promotores del Proyecto publicaron todo el material elaborado en forma de libro : Álvarez buylla, A. ; Posada, A. G. Y Morote, L. : *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España, con discurso preliminar de José Canalejas, y Uña Y Sartbou, J. : Memoria acerca de los Institutos de Trabajo en el extranjero, Madrid, 1902. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social elaboró en el año 1986 una edición facsimil con prólogo de Santiago Castillo.**

7. *Le texte transcrit de la disposition complémentaire huit du statut des travailleurs laisse inchangée la rédaction de la disposition complémentaire du statut des travailleurs de 1980 qui précéda le statut en vigueur des travailleurs de 1995.*

générale et aux lois et coutumes locales et professionnelles qui sont la source du droit du travail en Espagne. L'idée qui se rapproche le plus en Espagne de la tradition codificatrice est celle des textes refondus ou « *refonte* ». Cet instrument législatif est gage de stabilité, de sécurité juridique et de permanence des institutions au sein du système juridique qui l'utilise mais à la différence des codes, il ne systématise pas la réglementation de l'ensemble du droit du travail en un texte unique normatif codifié.

L'article 82 de la Constitution espagnole habilite les Cortes à déléguer au gouvernement le pouvoir de dicter des normes faisant force de loi. C'est ainsi que les Cortes peuvent autoriser le gouvernement à refondre différents textes juridiques en un seul, auquel cas la délégation se fait par l'entremise d'une loi ordinaire et la loi refondue élaborée par le gouvernement prend alors la forme de décret-royal législatif. L'article 82 de la Constitution espagnole stipule que la loi ordinaire qui autorise le gouvernement à refondre différents textes juridiques en un seul, le fait de façon expresse, étant bien entendu que cette autorisation ne peut pas être donnée de façon implicite. Par ailleurs, elle définit le domaine concret normatif auquel se réfère le contenu de la délégation. La loi ordinaire « *délégante* », spécifie si la refonte se limite simplement à la formulation d'un texte unique ou si elle inclut aussi la régularisation, la clarification et l'harmonisation des textes législatifs qui doivent être refondus. Le délai dans lequel le gouvernement doit procéder à la refonte doit être expressément indiqué dans la loi ordinaire « *délégante* » sans que pour autant la délégation puisse être considérée comme concédée pour une durée indéterminée.

Le décret royal législatif 1/1995 illustre notre propos. Ce décret approuve le texte refondu sur le statut des travailleurs (*ET/1995*), principale norme espagnole en matière de droit du travail. La disposition finale n° 7 de la loi 42 du 30 décembre 1994 sur les mesures fiscales, administratives et l'ordre social, autorisa le gouvernement à procéder, dans un délai de trois mois suivant son entrée en vigueur, à la refonte de la loi 8 du 10 mars 1980 sur le statut des travailleurs, afin qu'il intègre, outre les modifications apportées

au terme de la loi 42/1994, les changements effectués par les dispositions suivantes :

- loi 4 du 29 juin 1983 fixant la durée maximale hebdomadaire du travail à 40 heures et des congés annuels à trente jours minimum ;
- loi 32 du 2 août 1984 sur la modification de certains articles de la loi 8 du 10 mars 1989 sur le statut des travailleurs ;
- loi 3 du 3 mars 1989 aux termes de laquelle le congé maternité est porté à seize semaines et sont prises des mesures pour favoriser l'égalité de la femme au travail ;
- loi 8 du 30 avril 1992 portant sur la modification du régime des congés accordés dans le cadre des lois 8/1980 du statut des travailleurs ;
- loi 30 du 2 août 1984 sur les mesures en vue de la réforme de la fonction publique et pour les adoptants de mineurs de moins de cinq ans ;
- loi 36 du 28 décembre 1992 sur la modification du statut des travailleurs en matière d'indemnisation dans les cas de résiliation de contrat lié au départ en retraite de l'employeur ;
- loi 11 du 19 mai 1994 qui modifie certains articles du statut des travailleurs.

L'ET/1995 n'est pas le seul exemple de norme refondue. La loi de procédure du travail de 1994 (*déc. royal légis. 2/1995, 7 avr., qui approuve le texte refondu de la loi de procédure du travail : BOE n° 86, 11 avr. 1995 ; Corr. Err., BOE n° 125, 26 mai 1995*) la loi générale de sécurité sociale de 1994 (*déc. royal législatif 1/1994, 20 juin, qui approuve le texte refondu de la loi générale de la sécurité sociale ; BOE n° 154, 29 juin 1994*), la loi sur les infractions à l'ordre social et sanctions de 2000 (*Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social ; BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000 ; Corr. Err., BOE núm. 228, de 22 de septiembre de 2000*) prennent également la forme de décrets royaux législatifs, s'agissant de textes refondus.

Bien que cet instrument de politique législative que constituent les textes refondus ne puisse s'identifier à un code au sens strict du terme<sup>8</sup>, les deux génèrent des normes globalisantes et unitaires qui confèrent un cadre de sécurité juridique au domaine de l'ordre juridique qui les utilise.

8. Sur les différences entre la technique des codes et des textes refondus, Alonso García, M. : « Técnica jurídica en la codificación del Derecho del Trabajo », *Revista de Política Social*, n° 27, 1955, p. 63-96 ; Serrano Carvajal, J. : « La codificación del Derecho del Trabajo en España », *Revista de Política Social*, n° 135, 1982, p. 45-62.



## ► Les pays qui ont inclus une partie du droit du travail dans le code civil : l'Allemagne, l'Italie et la Suisse

Le droit du travail se présente actuellement comme un domaine de l'ordre juridique, avec son autonomie et sa substance propres, avec ses concepts, principes et catégories juridiques spécifiques. Le droit du travail trouve ses origines à l'ère contemporaine face au besoin de répondre efficacement aux problèmes posés par le travail en usine. Après un processus d'intégration à d'autres branches du droit (notamment le droit civil), le droit du travail gagna son autonomie car les systèmes juridiques de droit commun, qui jusqu'alors avaient réglementé le phénomène du travail, atteignaient leurs limites naturelles et s'avéraient insuffisants pour relever de façon appropriée les nouveaux défis liés aux relations de travail de l'époque. De ce fait et dans de nombreux pays, la législation du travail ne se retrouvait pas dans le Code civil mais dans des corpus juridiques séparés.

L'autonomie du droit du travail va de pair avec l'existence d'un système normatif autonome qui permet sa codification, c'est-à-dire l'existence d'un Code du travail propre. Une fois que l'autonomie du droit du travail est établie, il devient possible de disposer d'un code spécifique, indépendant et fondé sur les postulats essentiels qui lui servent de base et inspiré par les mêmes critères. Toutefois, on constate qu'une concordance totale entre autonomie du droit du travail et autonomie du système normatif du travail n'est pas indispensable. Bien qu'il apparaisse logique que l'autonomie du droit du travail implique l'existence d'un corpus normatif autonome, comme peut l'être un Code du travail, il ne faut pas pour autant la rejeter lorsque la réglementation du travail salarié fait partie d'un code différent (*Code civil, administratif ou du commerce*, v. Alonso García, M., « Técnica jurídica en la codificación del Derecho del Trabajo », *Revue de Politique Sociale*, n° 27, 1955, p. 64-66). Nous en avons une illustration avec les droits du travail italien, allemand et suisse qui, tout en jouissant d'une autonomie et d'une substance propres, voient une partie de la réglementation du travail rattachée au Code civil.

**Italie.** Une partie du droit en Italie figure dans le Livre V du Code civil du 16 mars 1942 qui a

pour titre « *Du travail* » (*Del Lavoro*, Alonso García, précit., p. 66-68). Concrètement, les articles 2096 à 2129 sous la rubrique 3a du chapitre I du Titre II du Livre V du Code civil italien, traitent « *De la relation de travail* » (*del rapporto di lavoro*). Ils soulignent également les préceptes concernant les employeurs et leurs collaborateurs (*art. 2082-2095*), le contrat d'apprentissage (*art. 2130, s.*) ou les points relatifs aux conventions collectives. Comme cela a été indiqué par certains auteurs, le fait que le Code civil italien régisse une partie de la relation de travail, complique la codification de la législation italienne du travail<sup>9</sup>. Il est à noter que le Code civil italien ne contient pas uniquement les normes de travail mais également celles relatives à la Sécurité sociale ou à l'automatisation des prestations. Parallèlement au Code civil, le Code italien de procédure civile de 1940 comporte des normes pour les « *litiges en matière de travail* » (*art. 409-473*) coexistant avec les lois procédurales du travail prises postérieurement.

**Allemagne.** La législation du travail en Allemagne n'est pas codifiée<sup>10</sup>. Sa réglementation est faite de normes substantives éclatées dont certaines se conforment au droit collectif tandis que d'autres, par ailleurs les plus nombreuses, s'articulent autour du droit individuel du travail<sup>11</sup>. Il convient de souligner l'application du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) du 18 août 1896 dans la partie relative à la réglementation du « *contrat de prestation de services* » (*Dienstvertrag*; v. § 611 à 630) qui permet d'expliquer la résistance de l'Allemagne à codifier en matière de législation du travail. De fait, à travers le Code civil allemand, s'est opérée la transposition de certaines directives communautaires en matière sociale telle, par exemple, la directive 2001/23 du Conseil du 12 mars 2001 relative au rapprochement des législations des États membres en relation avec la protection des salariés dans le cas de cession d'activité de leur entreprise<sup>12</sup>.

**Suisse.** Tout comme en Allemagne et en Italie, la réglementation de base du contrat de travail en Suisse figure dans un code qui n'est pas un Code du travail mais un Code des obligations

9. Alonso García, M. : *La codificación del Derecho del Trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957, pgs. 262-264; Vallebona, A. : *Instituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto dei lavoro*, 4<sup>e</sup> Ed., Cedam, Padua, 2004, p. 61 et s.; et vari autori (Coordination Favalli, G.) : *Codice di Diritto del Lavoro, dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro subordinato*, 2<sup>a</sup> Ed., La Tribuna, Piacenza, 2004, p. 37 s.  
10. Le traité de réunification signé le 31 août 1990 stipulait l'élaboration d'un Code du travail mais les divergences entre le patronat et les syndicats allemands empêchèrent la finalisation de ce projet. Notez que la République Démocratique d'Allemagne eut en son temps un Code du travail (*Arbeitsgesetzbuch* depuis 1961). Sur cette question, v. Zachert U. : *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, ministère du Travail et des Affaires sociales, Madrid 1998, p. 31.  
11. Sur les principales lois du travail en Allemagne, v. Martínez Girón, J. Y. Arufe Varela, A. : *Leyes laborales alemanas*, Netbiblo, A. Coruna (España) 2007.  
12. Martínez Girón, J. : « Las normas estructurales complementarias de la Ley actualmente vigente en Alemania en materia de protección contra el despido », *Anuaire de la Faculté de droit de l'Université de A Coruña*, n° 10, 2006, pgs. 715-723.

approuvé par la loi fédérale du 30 mars 1911, en complément du Code civil suisse de 1909. Concrètement, le Titre X du Code suisse des obligations consacré à la réglementation du contrat de travail se divise en quatre chapitres. Le chapitre I (*art. 319-345*) traite du contrat de travail individuel, le chapitre II (*art. 344-355*) traite des contrats de travail individuel à caractère spécial. Le chapitre III (*art. 356-360*) fait état des dispositions relatives à la relation collective de travail et enfin le chapitre IV contient les articles 361 et 362 sur les dispositions impératives.

Différemment de la régulation du contrat de travail opérée par certains codes civils, la législation du travail de certains États peut aussi opérer des renvois au Code civil, alors conçu comme norme supplétive. Citons en ce sens à titre d'exemple le cas de la France et de l'Espagne. L'article L. 1221-1 du Code du travail français indique que « *le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun* », c'est-à-dire que le contrat de travail est soumis aux règles du droit des obligations du Code civil français (notamment les ar-

ticles 1108, 1109, 1116, 1123-1133 et 1184 du Code civil sur les conditions de validité des contrats). Contrairement à l'Allemagne, à l'Italie ou à la Suisse, le Code civil en Espagne ne régit pas le contrat de travail. Toutefois, comme en France, son application est supplétive. C'est ainsi par exemple que l'article 7 du ET/1995 renvoie au Code civil la réglementation sur les problèmes relatifs à la capacité de contracter.

## ► Les pays qui ont un Code du travail

### Les pays de l'Union européenne qui ont un Code du travail

Dans l'Union européenne, la codification du droit du travail n'est pas aussi courante que dans les pays latino-américains ou au Canada. Si l'on se limite au périmètre des 27 États membres actuels, il est difficile de dire qu'il existe une prédominance du Code sur les autres instruments législatifs. Comme décrit ci-dessus, certains États recourent à la technique de la refonte (Espagne), d'autres incluent une partie de la législation du travail dans le Code civil (Allemagne, Italie), pour d'autres enfin, la législation de travail est ●●●

### LES PAYS DE L'UNION EUROPÉENNE AYANT UN CODE DU TRAVAIL

Pays	Code du travail	1 <sup>er</sup> Code du travail ?	Lien
<b>Bulgarie</b>	Loi n° 26, 1 <sup>er</sup> avr. 1986 et loi n° 27, 4 avr. 1986. Le Code du travail est entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> janv. 1987.	Non	<a href="http://www.mlsp.government.bg/en/docs/labour/Labour%20code%20consolidated%20en.pdf">http://www.mlsp.government.bg/en/docs/labour/Labour%20code%20consolidated%20en.pdf</a>
<b>France</b>	Loi n° 67/2008, 21 janv. 2008 ratifiant l'ord. n° 329/2007, 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative); décret n° 244/2008 du 7 mars 2008 relatif au Code du travail (partie réglementaire). Entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> mai 2008.	Non	<a href="http://www.legifrance.gouv.fr">http://www.legifrance.gouv.fr</a>
<b>Hongrie</b>	Loi n° 22, 4 mai 1992. Le Code du travail est entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> juill. 1992	Non	<a href="http://www2.ohchron.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex4.pdf">http://www2.ohchron.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex4.pdf</a>
<b>Lituanie</b>	Loi n° IX-926, 4 juin 2002. Le Code du travail est entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> janvier 2003.	Oui	<a href="http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=191770">http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=191770</a>
<b>Luxembourg</b>	Loi du 31 juill. 2006. Le Code du travail est entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> sept. 2006.	Oui	<a href="http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_travail/Code_du_Travail.pdf">http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_travail/Code_du_Travail.pdf</a>
<b>Portugal</b>	Loi n° 7/2009, 12 févr. 2009. Le Code du travail est entré en vigueur en 2009, à l'exception des articles 356.1, 356.3, 356.4, 358, 382, 387, 388, 389.2 et 391.1, qui entreront en vigueur avec la loi de réforme du Code de procédure du travail, et les articles 34-62, qui entreront en vigueur avec la loi sur la protection sociale de la paternité.	Non	<a href="http://dre.pt/pdf1sdip/2009/02/03000/0092601029.pdf">http://dre.pt/pdf1sdip/2009/02/03000/0092601029.pdf</a>
<b>Pologne</b>	Loi du 26 juin 1974 (version consolidée loi n° 21/1998)	Oui	<a href="http://baltic.mg.gov.pl/LabourMarket/sll/">http://baltic.mg.gov.pl/LabourMarket/sll/</a>
<b>République tchèque</b>	Loi n° 262/2006 entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> janv. 2007.	Non	<a href="http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/labour_code.pdf">http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/labour_code.pdf</a>
<b>Roumanie</b>	Loi n° 53/2003 entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> mars 2003.	Non	<a href="http://www.cdep.ro/legislatie/fra/vol58fr.pdf">http://www.cdep.ro/legislatie/fra/vol58fr.pdf</a>
<b>Slovaquie</b>	Loi n° 311/2001 entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> avril 2002, à l'exception des § 5 (2)-(5) et § 241 à 250, qui sont entrés en vigueur le 1 <sup>er</sup> mai 2004, avec l'intégration de la république de Slovaquie dans l'Union européenne.	Non	<a href="http://www.employment.gov.sk/index.php?SMC=1&amp;id=144">http://www.employment.gov.sk/index.php?SMC=1&amp;id=144</a>

●●● éclatée en différentes normes ou obéit au principe de la « *Common law* » comme au Royaume-Uni.

À remarquer : la tendance des pays d'Europe de l'Est à la codification. Par ailleurs, certains pays tels que la Bulgarie, la Slovaquie, la France, la Hongrie, la République tchèque et la Roumanie ont déjà codifié leur droit du travail depuis déjà longtemps, d'autres tels la Lituanie, le Luxembourg ou le Portugal ont opéré cette codification plus récemment. On distingue ainsi les pays qui optèrent dès le départ pour la codification (France) et ceux qui l'adoptèrent en réaction à la dispersion des normes de leur système juridique sur le travail (Portugal).

**France.** Du point de vue de la technique législative, le Code du travail français est le prototype même du code moderne car il associe sécurité juridique et souplesse. Ce n'est pas sans raison que la France est le pays qui a la plus grande tradition codificatrice et pas uniquement en matière de droit du travail. L'organisation et les contenus systématisés par le Code du travail français confèrent à cette branche du droit une sécurité juridique qui favorise la certitude des connaissances et l'application du système juridique régissant les relations de travail. La stabilité et la sécurité juridique ne sont pas incompatibles avec la notion de flexibilité qui se mesure à l'aune de la possibilité d'intégrer toutes les modifications nécessaires afin d'adapter les contenus aux exigences liées à l'évolution du marché du travail. En outre, comme indiqué ci-dessus, le Code du travail français illustre clairement la modernité. Il est mis à jour en permanence et consultable librement et gratuitement *via* Lefigrance, ce qui permet d'avoir connaissance du droit du travail français en France et hors de France.

### Les pays latino-américains qui ont un Code du travail

Les pays d'Amérique centrale et du sud se montrent en général très favorables à la codification du droit du travail. Les expériences en matière de codification diffèrent selon les pays mais elles illustrent la préférence des pays latino-américains pour la technique législative de

codification. Parmi les pays qui disposent à ce jour d'un Code du travail : le Brésil (1943), le Chili (2003), la Colombie (1961), le Costa Rica (1943), Cuba (1984), l'Équateur (1938), le Guatemala (2001), le Honduras (1959), le Nicaragua (1994), le Panama (1971), le Paraguay (1993), le Salvador (1963) ou la République dominicaine (1992). D'autres pays telle la Bolivie ont en cours un projet de codification ; d'autres pays en revanche n'ont pas de code tels l'Argentine, le Mexique, le Pérou et Porto Rico. Il convient de s'arrêter sur le cas du Mexique car la loi fédérale mexicaine sur le travail, publiée au Journal officiel du 1<sup>er</sup> avril 1970 et bien qu'elle ne porte pas la dénomination « *Code du travail* », obéit à l'organisation même des codes modernes. La situation est identique au Venezuela : la principale norme en matière de travail est la loi organique sur le travail publiée dans la *Gazette officielle* du 19 juin 1997 et dont la structure et le contenu pourraient tout à fait répondre aux caractéristiques d'un véritable Code du travail. L'Argentine n'a pas non plus de Code du travail et sa législation en la matière se retrouve éclatée en plusieurs lois, bien que les tentatives et projets de codification aient été nombreux<sup>13</sup>.

**Chili.** Le Code du travail en vigueur au Chili a été approuvé par le décret faisant force de loi n° 1 2003 qui fixe le texte du Code du travail refondu, coordonné et systématisé. Ce texte comprend un titre préliminaire et cinq livres. Chaque livre est divisé en titres, chapitres et alinéas. Le Livre I traite du « *Contrat individuel de travail* », le Livre II « *De la protection des travailleurs* », le Livre III « *Des organisations syndicales et délégués du personnel* », le Livre IV « *Des négociations collectives* » et le Livre V « *De la juridiction du travail* ». C'est pourquoi le Code du travail au Chili n'aborde pas uniquement la dimension individuelle de la relation de travail mais aborde aussi sa dimension collective et la résolution juridique des conflits au travail. En définitive, on peut parler ici d'un véritable Code du travail puisqu'il comprend pour une bonne part ce qui touche au droit du travail, indépendamment de l'existence de quelques lois complémentaires.

13. La législation du travail en Argentine est régie par plusieurs textes : 1) Loi n° 20744 du 5 sept. 1974 sur le contrat de travail; 2) loi n° 24013 du 13 nov. 1991 sur la protection du travail; 3) loi n° 24557 du 13 sept. 1995 sur les risques au travail; 4) loi n° 25013 du 2 sept. 1998 sur la réforme du travail; 5) loi n° 25877 du 2 mars 2004 sur le régime du travail. Ces lois sont complétées par les conventions collectives qui définissent les conditions de travail pour un secteur d'activité donné et par des accords de branche.



**Équateur.** En Équateur, le Code du travail a été approuvé le 11 octobre 1938 et publié au registre officiel n° 78-81 du 17 novembre 1938. Depuis lors, il a subi différentes modifications qui ont obligé à différentes reprises à approuver des versions codifiées pour que son contenu reste actualisé. La première codification date de novembre 1961, la seconde de juillet 1971, la troisième d'août 1978, et la cinquième de septembre 1997. La sixième et la septième – la dernière à ce jour – ont été publiées dans le supplément au registre officiel, n° 167 du 16 décembre 2005. En 2005, la commission de la législation et de la codification du Congrès national procéda à la codification du Code du travail en Équateur avec pour objectif de permettre l'actualisation de la législation sur l'emploi tout en respectant les dispositions de la Constitution de la République, les accords avec l'Organisation internationale du travail (OIT) ratifiés par le pays, les lois réformant ce code, les observations formulées par le député Marco Proaño Maya, le Code de l'enfance et l'adolescence, la loi organique sur le service civil, la carrière administrative et l'unification et homologation des rémunérations dans le secteur public et les résolutions du tribunal constitutionnel (*Codification n° 17, 16 déc. 2005, Intro.*)<sup>14</sup>.

**République du Salvador.** Le premier Code du travail du Salvador a été approuvé par décret-loi n° 241 du 22 janvier 1963 et publié au Journal officiel du 1<sup>er</sup> février 1963. Le Code du travail de 1963 fut abrogé et remplacé par le décret-loi n° 151 du 23 juin 1972 qui approuva le Code du travail en vigueur aujourd'hui dont l'objectif est d'harmoniser les relations entre employeurs et employés en définissant leurs droits et obligations, et qui se base sur les principes visant à améliorer les conditions de vie des travailleurs. Le code est constitué d'un titre préliminaire suivi de cinq livres consacrés au droit individuel du travail (*Livre I*), au droit collectif du travail (*Livre II*), à la sécurité sociale et à la prévention (*Livre III*), au droit procédural du travail (*Livre IV*) et aux dispositions finales (*Livre V*). Chaque livre est divisé en titres, chapitres et sections. La structure du code et la

matière colligée et systématisée répondent à la technique même de la codification.

## Le Code du travail au Canada

Le Canada compte plusieurs provinces (Alberta, Colombie britannique, Île du Prince Edward, Manitoba, Nouveau Brunswick, Nouvelle Écosse, Ontario, Québec, Saskatchewan, et Terre-Neuve) et territoires (Yukon, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut). Les normes de travail applicables varient en fonction de la province et du territoire. Deux systèmes juridiques coexistent au Canada. La constitution canadienne stipule que les entreprises dépendant du champ de compétence du gouvernement fédéral sont soumises aux normes fédérales et que les entreprises tombant dans le champ de compétence des provinces sont régies par les normes propres à chaque province ou territoire.

Le Code du travail canadien est applicable aux chefs d'entreprises et aux travailleurs ainsi qu'à leurs organisations syndicales et patronales respectives, lorsqu'ils appartiennent à des entreprises fédérales exerçant leur activité dans les secteurs suivants :

- services internationaux ou interprovinciaux de chemins de fer, transports ferroviaires, terrestres et aériens, réseaux téléphoniques et télégraphiques;
- gazoducs, canaux, tunnels et ponts, expédition et services d'expédition;
- réseaux de radio et télédiffusion;
- transports aériens, aéronefs et aéroports;
- banques;
- entreprises de protection et de conservation de la pêche;
- entreprises déclarées d'intérêt général par le Parlement.

Les employeurs et employés dont l'activité ne figure pas dans la liste ci-dessus ne sont pas régis par le Code du travail mais par les normes de travail applicables dans la province ou le territoire sur lequel ils travaillent. À cet égard, le Code du travail canadien n'obéit pas au concept d'unification que l'on retrouve traditionnellement dans les codes. En effet, le Code du travail ne s'applique pas dans l'ensemble de l'État mais uniquement au niveau fédéral et pour des activités bien déterminées. ■

14. L'article 139.2 de la constitution politique de la République d'Équateur de 1998 stipulait qu'une des fonctions de la commission de législation et de codification du Congrès national est de codifier les lois et d'assurer leur publication.

# Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger

## Approche comparative de la codification du droit du travail

María Areta Martínez, Professeur des universités, département du droit du travail et de la sécurité sociale, Université Rey Juan Carlos (Madrid, España)

### Deuxième partie: la « codification » du droit social communautaire

## 1 INTRODUCTION

Le principe de sécurité juridique fait partie de l'ordre juridique communautaire. Il exige que la législation communautaire soit claire et précise et que son application soit prévisible pour les justiciables. La codification de la législation communautaire ne s'identifie pas entièrement au concept qui accompagne les codes modernes adoptés par les États pour résumer et systématiser une branche concrète du droit. Toutefois, le travail de codification effectué par les institutions communautaires, tout comme les codes modernes élaborés par les États, partagent au moins une même finalité : faciliter l'accès, la connaissance, la compréhension et l'application de la législation afin de garantir la sécurité du système juridique. Les explications qui suivent décrivent l'évolution du processus de codification du droit social communautaire.

## 2 LE CONSEIL EUROPÉEN D'ÉDIMBOURG (1992) : SIMPLIFIER ET AMÉLIORER LE CADRE RÉGLEMENTAIRE PAR LA CONSOLIDATION ET LA CODIFICATION

La législation communautaire joue un rôle important dans la poursuite des objectifs de l'Union européenne en général et dans le développement du modèle social européen en particulier. Depuis sa création il y a soixante ans, l'Union européenne a mis en place un large corpus législatif, en approuvant de nouvelles normes et en modifiant d'autres. Le volume et la complexité croissante

de l'héritage communautaire, dans certains domaines notamment, ont parfois compliqué sa compréhension et son application. Pour y remédier, le Conseil européen d'Édimbourg qui s'est tenu les 11 et 12 décembre 1992 a mis l'accent sur une des priorités principales de la communauté : simplifier et améliorer la législation communautaire grâce à deux méthodes : la consolidation et la codification des textes juridiques.

Dans la section II de l'annexe III de la partie A des conclusions, sous l'intitulé « *Meilleure accessibilité à la législation communautaire actuelle* », le Conseil européen d'Édimbourg a indiqué : « *Il est possible de rendre la législation communautaire plus accessible, concise et compréhensible en ayant recours plus rapidement et de manière plus structurée à la consolidation ou à la codification...* »

1) *Améliorer l'organisation de la consolidation et codification de la législation communautaire.*

*Les deux démarches possibles, consolidation officielle et codification officielle, doivent être menées en parallèle :*

a) *L'office des publications officielles des Communautés européennes a un rôle important à jouer pour ce qui est de la consolidation officielle. La conception de celle-ci a été entreprise il y a quelque temps et un nouveau système entrera en vigueur à partir de 1993, ce qui permettra d'obtenir automatiquement la version consolidée de tout acte législatif communautaire faisant l'objet d'une modification une fois que celle-ci aura été apportée ; dans un délai de deux ans, le système devrait pouvoir couvrir l'ensemble de la législation communautaire (y compris la*

législation ancienne), pour autant que l'on dispose de ressources suffisantes. La législation consolidée devrait être immédiatement publiée (dans la série C du Journal officiel), éventuellement après insertion des considérants et/ou rendue disponible par le système Celex;

b) La codification officielle est importante car elle offre une sécurité juridique quant au droit applicable à un moment donné et sur une question donnée. Étant donné que la codification officielle ne peut être opérée qu'en suivant les procédures législatives applicables, il y a lieu de définir des priorités et les trois institutions qui détiennent le pouvoir législatif devraient convenir d'une méthode de travail accélérée:

i) la codification officielle devrait être effectuée sur la base de priorités fixées d'un commun accord. La commission proposera de telles priorités dans son programme de travail après avoir procédé à des consultations appropriées;

ii) il convient de rechercher une méthode de travail accélérée qui soit mutuellement acceptable et qui permette d'adopter rapidement et efficacement une législation communautaire codifiée (remplaçant la législation existante sans en changer le fond); un groupe consultatif composé des services juridiques de la commission, du Conseil et du Parlement contribuera à assurer le travail préparatoire nécessaire pour pouvoir adopter le plus rapidement possible une législation communautaire codifiée selon le processus décisionnel normal de la communauté ».

### 3 LE CONSEIL EUROPÉEN DE LISBONNE (2000) : UNE STRATÉGIE POUR SIMPLIFIER LE CADRE RÉGLEMENTAIRE

Huit ans après le Conseil européen d'Édimbourg (1992-2000), les institutions communautaires ont admis qu'en dépit des efforts consentis, les résultats obtenus restaient limités et se démarquaient considérablement des objectifs fixés, de sorte que la simplification et l'amélioration du cadre réglementaire demeuraient prioritaires.

Le Conseil européen de Lisbonne (2000) approuve la stratégie de Lisbonne (2000-2010) dont l'objectif global était qu'à l'horizon 2010 l'Union européenne devienne « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable

accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale ».

D'où l'importance de poursuivre sur la voie de la simplification et de l'amélioration du cadre réglementaire en demandant aux institutions communautaires et aux États membres « de définir d'ici à 2001 une stratégie visant par une action mieux coordonnée à simplifier le cadre réglementaire, y compris le fonctionnement des administrations publiques, tant au niveau national que communautaire ».

Bien qu'il y ait eu depuis 1985 des initiatives dans le sens de la simplification et de l'amélioration de la législation communautaire dans certains domaines, ces initiatives ne s'intégraient dans aucune stratégie globale. La nécessité d'approuver une stratégie qui aborde tous les aspects relatifs à l'amélioration et à la simplification de l'acquis communautaires fut reprise dans les conseils européens suivants de Stockholm<sup>15</sup>, Göteborg<sup>16</sup>, Laeken<sup>17</sup> et Barcelone<sup>18</sup>. Le Conseil européen de Lisbonne fixa 2001 comme date butoir mais l'approbation de la stratégie en vue de cette simplification fut repoussée à février 2003. L'activité conduite par les institutions communautaires jusqu'à ce jour a été très intense, notamment au niveau de la Commission européenne.

### 4 ACTIONS ACCOMPLIES PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES POUR ACTUALISER ET SIMPLIFIER L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE AVANT LA MISE EN PLACE DE LA STRATÉGIE GLOBALE

#### ► Les accords interinstitutionnels

Dans le cadre des actions entreprises par les institutions communautaires pour faciliter l'accès à la législation communautaire, il convient de noter une série d'accords interinstitutionnels pris entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne relatifs :

- aux procédures d'application du principe de subsidiarité (25 oct. 1993);
- à une méthode de travail accélérée ayant pour objectif la codification officielle des textes législatifs (20 déc. 1994);
- aux lignes directrices communes sur la qualité de rédaction de la législation communautaire (22 déc. 1998);

15. Dans les conclusions du Conseil européen de Stockholm des 23 et 24 mars 2001, il est dit : « La Comisión, en colaboración con todos los órganos competentes, deberá presentar antes de finalizar 2001, un plan para simplificar y mejorar la normativa. »

16. Dans les conclusions du Conseil européen de Göteborg des 15 et 16 juin 2001, il est dit : « La Comisión incluirá en su plan de acción para una mejor reglamentación, que deberá presentarse en el Consejo Europeo de Laeken, mecanismos que garanticen la inclusión en todas las propuestas políticas importantes de una evaluación de impacto sobre la sostenibilidad que tenga en cuenta sus posibles consecuencias económicas, sociales y ambientales. »

17. Dans les conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, il est dit : « El Consejo Europeo acoge favorablemente el informe final del Grupo de Trabajo Consultivo de Alto Nivel (grupo Mandelkern) sobre la calidad de la legislación, así como la Comunicación de la Comisión sobre la simplificación normativa, que debería conducir a un plan de acción concreto en el primer semestre de 2002. »

18. Dans les conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002, le Conseil « congratula de l'intención expresada por la Comisión en su Comunicación sobre la simplificación y mejora del marco regulatorio, presentada en diciembre de 2001 ».

- – à un recours plus structuré à la technique de refonte des actes juridiques (28 nov. 2001);
- et au mieux légiférer (16 déc. 2003).

En matière de codification, trois des cinq accords précités sont à souligner.

### **L'accord interinstitutionnel sur la méthode de travail accélérée en vue de la codification des textes (1994)**

Sur la base des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg du 20 décembre 1994, le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne conclurent « *un accord interinstitutionnel sur la méthode de travail accélérée en vue de la codification des textes législatifs* » pour améliorer la lisibilité des actes juridiques ayant subi de nombreuses modifications (*accord instit. 20 déc. 1994 sur une méthode de travail accélérée en vue de la codification officielle des textes législatifs, JO Comm. Europ., Série C n° 102, 4 avr. 1996*). À cet effet, « *on entendra par codification officielle le processus tendant à abroger les actes, objets de la codification et à les remplacer par un acte unique n'impliquant aucune modification substantielle desdits actes* ».

Le texte codifié n'introduit aucune modification et conserve le contenu des textes qui font l'objet de la codification ; il abroge et remplace officiellement l'acte normatif de base et toutes ses modifications ; enfin, contrairement à la consolidation, il a un caractère obligatoire et non pas seulement informatif. La codification limite le volume de législation tout en conservant sa substance. La Commission européenne se voit chargée d'élaborer un programme de travail avec les secteurs prioritaires ainsi que les propositions de codification. Ce programme est analysé par un comité consultatif composé des services juridiques du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la commission. La proposition est ensuite transmise au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne qui l'étudient dans le cadre d'un processus accéléré pour approuver la version codifiée des normes. La commission européenne a, sur la base de cet accord interinstitutionnel, adopté en novembre 2001, le programme de codification de l'acquis communautaire intégré par la suite au sein de programmes successifs de simplification du cadre réglementaire.

Le Conseil européen d'Édimbourg a convenu que soit appliquée, conjointement à la codification, la méthode de consolidation des textes juridiques en vue de la simplification et de l'amélioration de la législation communautaire. À la différence de la codification, la consolidation se limite au regroupement de la norme de base qui prévaut dans un domaine défini ainsi que de toutes ses modifications, le tout ayant un caractère purement informatif à l'exclusion de tout effet juridique obligatoire. La consolidation est malgré tout fondamentale pour la codification ultérieure de l'acquis communautaire.

### **L'accord interinstitutionnel pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques (2001)**

Après le démarrage du programme de codification de 2001, l'expérience démontra qu'en dépit du processus accéléré d'approbation des textes codifiés, il arrivait parfois que des modifications de l'acte juridique, objet de la codification, soient intégrées entre la présentation des propositions de codification officielle par la commission et l'adoption ultérieure des actes de codification officielle par le législatif, ce qui obligeait à reprendre ces travaux de codification.

Cette situation poussa à proposer une nouvelle technique législative de simplification, appelée refonte, qui, comme la codification, permet l'adoption d'un texte législatif unique qui comprend la norme de départ ainsi que toutes ses modifications ; à la différence de la codification, la refonte autorise des modifications substantielles. Le nouvel acte juridique qui en résulte équivaut à la codification de l'acte de base antérieur avec toutes ses modifications mais permet des modifications de la législation, ce qui n'est pas possible avec la codification.

Afin de recourir de façon plus structurée à la technique de refonte des actes juridiques, le Parlement, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne adoptèrent le 28 novembre 2001 l'accord interinstitutionnel pour un recours plus structuré à la technique de refonte de textes juridiques<sup>19</sup>. La refonte consiste à adopter un nouvel acte juridique intégrant dans un texte unique les modifications de fond par rapport à l'acte antérieur ainsi que les dispositions de ce

<sup>19</sup>. Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques (JO des Communautés Européennes, série C n° 77, 28 mars 2002).

dernier demeurées inchangées. La refonte entraîne donc la codification de l'acte de base et ses modifications ultérieures. Le nouvel acte juridique résultant de la refonte remplace et abroge le précédent.

## **L'accord interinstitutionnel en vue de « mieux légiférer » (2003)**

Dans le cadre des actions conduites par les institutions communautaires en vue de rendre la législation communautaire plus accessible, le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne adoptèrent l'accord interinstitutionnel pour « *mieux légiférer* » avec pour objectif d'améliorer la qualité de la législation grâce à une série d'initiatives et de procédés et techniques. Afin de permettre l'application et d'améliorer la lisibilité de la législation communautaire, les trois institutions ont convenu, d'une part, d'actualiser et de limiter la législation et, d'autre part, de simplifier considérablement la législation existante. Cet accord stipule que l'actualisation et la limitation de la législation seront effectuées grâce à l'abrogation des actes non encore appliqués et grâce à la codification et à la refonte des autres. En fin de compte, les institutions communautaires considèrent encore aujourd'hui la codification, voire la refonte, comme des techniques de législation appropriées pour simplifier l'acquis communautaire.

## **► Les activités de la Commission européenne**

Jusqu'à l'approbation de la stratégie de simplification de l'environnement réglementaire, la Commission européenne a déployé une activité très intense faite d'initiatives, plans et programmes. Dans tous ces instruments, il est fait référence au programme de simplification législative.

## **Le rapport intermédiaire sur l'amélioration et la simplification de l'environnement réglementaire (7 mars 2001)**

Le rapport intermédiaire sur l'amélioration et la simplification de l'environnement réglementaire<sup>20</sup> fut présenté par la Commission européenne au Conseil européen de Stockholm ; il permit un bilan de la situation et formula une

série de principes de base et des pistes de réflexions pour mettre en application le mandat du Conseil européen de Lisbonne. La Commission européenne indiquait que ce rapport intermédiaire signait la première étape de mise en place de la future stratégie de simplification de la législation européenne. Le rapport indiquait également que deux étapes suivraient : l'adoption en juillet 2001 d'un Livre blanc sur la gouvernance européenne et la présentation avant 2002 d'un plan d'action détaillé pour l'amélioration et la simplification de la législation. Cet accord précisait le caractère sectoriel des actions de simplification de l'acquis communautaire entrepris depuis plusieurs années et soulignait que l'Union européenne avait besoin d'une stratégie globale permettant la prise en compte de tous les aspects visant à l'amélioration et à la simplification du cadre réglementaire et de tous les cycles d'un acte communautaire, depuis sa préparation jusqu'à son application et le cas échéant son adaptation. Sur ce point, le rapport indiquait que l'accélération de la simplification et de la codification des textes existants constituerait un des principes généraux de cette stratégie globale. Dès le départ, la commission précisa les trois techniques permettant de garantir, de façon pérenne, la simplification et la mise à jour de la législation communautaire en vigueur, en indiquant qu'elle prévoyait de renforcer et d'amplifier l'action déjà entamée en matière de codification, de refonte et de consolidation.

## **Le Livre blanc sur la gouvernance européenne (25 juill. 2001)**

Tel qu'annoncé dans le rapport provisoire sur l'amélioration et la simplification de l'environnement réglementaire (7 mars 2001, COM 2001 428 final, 28 juill. 2001), la Commission européenne adopta en juillet 2001 le Livre blanc sur la gouvernance européenne dont le contenu soulignait la nécessité de mettre en place un vaste programme de simplification des normes existantes grâce à la codification des textes juridiques, à la suppression des dispositions redondantes ou obsolètes et au recours aux dispositions d'exécution pour les obligations non essentielles. Pour ce faire, le Livre blanc rappela que la ●●●

20. COM (2001) 130 final du 7 mars 2001.

●●● Commission présenterait un plan d'action détaillé sur l'amélioration et la simplification de la réglementation et annonça qu'elle le ferait au Conseil européen de Laeken. Le Livre blanc précisa le domaine du plan d'action :

1) encourager une meilleure utilisation des différents instruments politiques (règlements, directives-cadres, lignes directrices, recommandations et mécanismes de coréglementation) éventuellement complétés par le recours à la méthode ouverte de coordination ;

2) limiter les propositions de législation primaire aux éléments essentiels tout en prévoyant de plus amples possibilités de régler les détails techniques de ces propositions par des mesures d'application ;

3) lancer un programme ambitieux de révision et de simplification de la législation communautaire adoptée avant l'an 2000 en recourant pour ce faire à des procédures accélérées au Parlement et au Conseil européen.

### **Le programme de codification de l'acquis communautaire (21 nov. 2001)**

Depuis toujours, la Commission européenne considère que l'accès et la compréhension du droit communautaire doivent passer par sa simplification et sa clarification, mais cela n'a pas toujours été possible. En effet, certaines normes communautaires ont été modifiées à plusieurs reprises, ce qui a généré un décalage important entre l'acte originel et les actes modificateurs ultérieurs. Du fait de la fréquence de ces modifications, la commission a estimé que la codification était essentielle pour assurer la clarté et la transparence du droit communautaire.

Ainsi, à partir du 1<sup>er</sup> avril 1987, la commission a décidé de donner instruction à ses services afin qu'ils procèdent à la codification de tous les actes législatifs au plus tard après leur dixième modification, tout en soulignant qu'il s'agissait là d'une moyenne *a minima*, étant donné qu'au nom de la clarté et de la facilité de compréhension de la législation communautaire, les services devraient s'efforcer de codifier les textes relevant de leur compétence dans des délais plus courts.

Sur la base des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg (1992), à la suite de la stratégie de

Lisbonne (2000) et sur la base de l'accord inter-institutionnel sur une méthode de travail accélérée pour la codification (1994), la Commission adopta le programme de codification de l'acquis communautaire (21 nov. 2001, *comm. de la commission au Parlement européen sur le programme de codification de l'acquis communautaire*, COM 645 final, 21 nov. 2001) ayant pour objet d'accélérer et de renforcer les activités de codification en cours ainsi que d'établir un corpus simple, lisible et transparent dans toutes les langues communautaires. En outre, la commission considérait que ce travail de codification faciliterait les démarches préparatoires des pays candidats, en réduisant le nombre de pages à traduire, réviser et publier dans les langues des nouveaux États membres.

Selon les estimations de la commission, l'application du programme de codification devrait réduire l'acquis communautaire de 35 000 à 30 000 pages au Journal officiel, renforçant ainsi la sécurité juridique des citoyens et des entreprises. L'objectif étant que ce programme soit mené à son terme avant le 31 décembre 2005, sept actions furent mises en place :

1) finaliser la consolidation de l'acquis courant 2003, étape préalable à la consolidation ;

2) créer la base de données et le système de gestion pour la législation en vigueur, sa codification et sa traduction ;

3) élaborer la copie maître de l'acquis communautaire avant fin 2005, exemplaire devant servir de base à la traduction de l'acquis codifié dans les langues communautaires ;

4) renforcer la capacité du groupe de juristes linguistes du service juridique pour la révision juridique de l'acquis dans les différentes langues officielles actuelles ;

5) préparer le texte codifié dans les autres langues communautaires avant l'automne 2005 ;

6) superviser l'ensemble du projet et le présenter aux institutions communautaires (Conseil de l'Union et Parlement européen) pour approbation avant l'automne 2005 ;

7) publier la totalité de l'acquis communautaire avant fin 2005.

La commission annonça que le programme de codification serait terminé en 2005 mais ce

programme a été revu notamment du fait de son intégration, d'une part, au programme de simplification de l'acquis communautaire 2003-2004 et, d'autre part, au programme permanent de simplification de l'environnement réglementaire 2005-2009. Ainsi, les trois rapports produits à ce jour sur l'évolution de la stratégie en vue de la simplification de l'environnement législatif ont permis d'analyser l'état d'avancement du programme de codification<sup>21</sup>.

Bien que le premier rapport ait fixé pour objectif de terminer le programme de codification mi-2008, le deuxième rapport reporta le délai imparti à fin 2008 et le troisième sélectionna 21 nouveaux textes législatifs à codifier en 2009 sans fixer, à la différence des rapports antérieurs, de délai de réalisation.

### Communication sur la simplification et l'amélioration du cadre réglementaire (5 déc. 2001)

La communication « *Simplifier et améliorer le cadre réglementaire* » (COM 726 final, 5 déc. 2001) avait pour objet d'entamer un processus de consultation entre institutions communautaires (Conseil de l'Union européenne et Parlement européen) et les États membres en vue de l'approbation de la future stratégie de simplification du cadre réglementaire en considérant qu'existaient quatre priorités :

- 1) simplification et amélioration de l'acquis communautaire ;
- 2) législation mieux élaborée et plus pertinente ;
- 3) nouvelle culture dans les institutions ;
- 4) plus grande transparence et meilleure application du droit communautaire.

Quant à la nécessité de simplifier et d'améliorer l'acquis communautaire, la commission précisa que différentes méthodes permettaient de simplifier et de réduire le volume de législation (consolidation, codification, refonte et simplification) et proposa que les institutions définissent conjointement un programme intégré relatif à la simplification de l'acquis. Elle indiqua aussi que le nombre d'actes et le nombre de pages pourraient être diminués grâce à la codification ou à la refonte des normes successives, le tout en vue de la simplification de l'instrument réglementaire. La commission souligna que l'application de cette stra-

tégie de simplification du cadre réglementaire compléterait le programme de codification déjà adopté par la commission et qu'il pourrait ainsi réduire de 25 % le volume des textes existants d'ici janvier 2005.

### Plan d'action pour simplifier et améliorer le cadre réglementaire (5 juin 2002)

La Commission approuva le plan d'action pour simplifier et améliorer le cadre réglementaire (COM 278 final, 5 juin 2002) qui avait été annoncé par le rapport intermédiaire sur l'amélioration et la simplification du cadre réglementaire (7 mars 2001), le Livre blanc sur la gouvernance européenne (25 juill. 2001) et la communication sur « *Simplifier et améliorer le cadre réglementaire* » (5 déc. 2001).

Ce plan indique que l'action de la commission devra viser à :

- 1) améliorer la qualité des propositions législatives ;
- 2) assurer le suivi de l'adoption et de l'application des actes législatifs ;
- 3) intégrer et coordonner les travaux des réseaux et groupes existants moyennant la création d'un réseau interne « *mieux légiférer* ».

Le plan précise aussi que l'action du Parlement et du Conseil européen devra s'attacher à :

- 1) faire une utilisation plus pertinente des instruments à leur disposition pour légiférer ;
- 2) simplifier et réduire la législation communautaire ;
- 3) veiller à la qualité de la législation adoptée.

Enfin, il intègre aussi une série d'actions que les États membres devront entreprendre en vue d'améliorer et de simplifier le cadre réglementaire.

En ce qui concerne la tâche recommandée au Parlement et au Conseil, il y est stipulé « *qu'il ne fait aucun doute qu'il est indispensable de continuer à aller de l'avant en définissant conjointement au programme de codification, un programme de simplification de la législation* ». C'est pourquoi, sans préjudice de l'existence du plan d'action en référence, on insistait pour la première fois sur la nécessité d'approuver définitivement la stratégie globale pour simplifier le cadre réglementaire comme annoncé par le Conseil européen de Lisbonne en l'an 2000.

21. Premier rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM, 690 final, de 14 nov. 2006) ; deuxième rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM 33 final, 30 janv. 2008) ; et troisième rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM, 33 final, 30 janv. 2008).

## **Le rapport sur la gouvernance européenne (11 déc. 2002)**

Un des derniers documents élaborés par la Commission européenne avant la présentation de la stratégie tant attendue pour la simplification du cadre réglementaire est le rapport sur la gouvernance européenne (*COM 705 final, 11 déc. 2002*) qui fait le bilan des engagements pris dans le Livre blanc sur la gouvernance européenne et qui présente une nouvelle proposition selon laquelle les institutions définiront conjointement un programme de simplification de la législation communautaire. À cet effet, la commission indique qu'elle fixera les secteurs prioritaires exigeant une simplification et qu'elle en informera le législateur. Le Parlement et le Conseil européen qui, en tant que législateurs, devront adopter les propositions d'actes législatifs à simplifier, devront adapter leurs méthodes de travail afin de parvenir à des procédures plus rapides et plus efficaces de simplification de la législation communautaire. Ce rapport juge également essentiel un accord interinstitutionnel sur l'amélioration et la simplification du cadre réglementaire, afin d'intégrer et de soutenir le travail en cours sur le programme de codification lancé par la commission en novembre 2001 ainsi que le travail de refonte.

## **5 LA STRATÉGIE D'ACTUALISATION ET DE SIMPLIFICATION DE L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE (2003-2004)**

Les différentes actions entreprises par la commission à partir de 2000 aboutirent à l'approbation le 11 février 2003 de la stratégie globale pour actualiser et simplifier l'acquis communautaire en vigueur jusqu'en décembre 2004 (*COM 71 final, 11 févr. 2003*). Son cadre d'action définit six objectifs. L'objectif 1 porte sur la simplification de l'acquis communautaire; les objectifs 2 à 4 sont axés autour de la garantie d'une législation communautaire plus actualisée, fiable et compréhensible grâce aux techniques législatives de consolidation (*objectif 2*), codification (*objectif 3*) et abrogation (*objectif 4*) des textes normatifs; les objectifs 5 et 6 complètent le cadre du programme en précisant la façon de mener à bien la tâche et la gestion du contrôle politique et technique de ce processus.

22. *Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil de l'Europe, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relative à l'« Aplicación del program comunitario sobre la estrategia de Lisboa : una estrategia para la simplificación del marco regulador » (COM, 535 final, 25 oct. 2005).*

En relation avec l'objectif 3 sur la codification, la stratégie de mise à jour et de simplification de l'acquis communautaire indique qu'à ce jour (*11 févr. 2003*), sur les 2 400 familles d'actes juridiques, 36 textes codifiés ont été proposés au législateur; ces 36 textes remplacent les 354 textes précédents. Durant la phase I, la commission devait proposer ou approuver quelque 220 initiatives de codification tandis que dans la phase II, avant mars 2004, 600 autres textes devaient être proposés. Toutefois, au cours des neuf mois précédant mai 2004, date de la cinquième phase d'élargissement de l'Union européenne avec l'intégration de 10 nouveaux États (République tchèque, Estonie, Chypre, Létonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovaquie), la publication des actes codifiés au Journal officiel fut suspendue bien que la commission ait poursuivi son travail en préparant des propositions de codification pour la période suivant l'élargissement. La commission confirma son intention de terminer d'ici fin 2005 le programme de codification entamé en novembre 2001.

## **6 LE PROGRAMME PERMANENT POUR LA SIMPLIFICATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE (2005-2009)**

Une fois terminée la première phase de la stratégie globale pour actualiser et simplifier l'acquis communautaire (2003-2004) en octobre 2005, la Commission européenne lança un nouveau programme communautaire sur la stratégie de Lisbonne, stratégie en vue de simplifier le cadre réglementaire<sup>22</sup>, plus connu sous l'appellation de « *programme permanent de simplification du cadre réglementaire* ». Ce programme s'inscrit dans la lignée des travaux accomplis précédemment par les institutions communautaires en vue d'améliorer l'acquis communautaire, bien qu'il introduise une nouvelle méthode de simplification ayant pour objectif de créer un système normatif européen qui puisse aider à atteindre les objectifs de la stratégie de Lisbonne. Le programme initialement approuvé pour une période de trois ans (2005-2008) afin de réviser et d'évaluer environ 100 actes législatifs fut finalement porté à quatre ans (2005-2009) et son cadre d'action étendu à 185 initiatives législatives recouvrant la



quasi-totalité des domaines de la politique communautaire.

Dans son application pratique, le programme permanent de simplification du cadre réglementaire utilise trois méthodes ou techniques législatives de simplification (l'abrogation, la codification et la refonte).

La première méthode de simplification prévue par le programme est l'abrogation des actes juridiques inadaptés ou obsolètes qui ont toujours un caractère obligatoire, notamment dans le système administratif, et ce, tant pour les autorités que pour les entreprises. La commission indique que, afin que l'abrogation des normes communautaires produise l'effet concrètement attendu, il convient de supprimer les mesures nationales correspondantes qui appliquent les normes européennes abrogées. Le programme envisage la possibilité d'introduire parmi les propositions normatives de l'acquis communautaire une « *clause de révision* » pour prévenir l'obsolescence des actes juridiques, et ce, afin de ne pas affecter la continuité juridique.

Autre instrument que le programme présente pour la simplification de l'acquis : la codification. La commission indique qu'elle contribue à réduire de façon notable le volume de législation communautaire et qu'elle permet dans le même temps d'obtenir des textes plus lisibles et plus fiables juridiquement.

La commission prend comme base l'accord institutionnel sur une méthode de travail accélérée visant à la codification officielle des textes législatifs (20 déc. 1994) et poursuit le programme de codification de l'acquis communautaire lancé en 2001 qui va être intégré au programme permanent de simplification de l'acquis communautaire et indique expressément qu'elle poursuivra son programme de codification dans le but de compléter la codification de l'acquis d'ici 2007. La traduction et la consolidation postérieure des actes dans les vingt langues officielles supposeront une augmentation significative des textes codifiés à adopter à partir de fin 2005.

Parallèlement à l'abrogation et à la codification, la refonte constitue le troisième instrument de simplification. La refonte modifie et codifie simultanément un acte juridique en prenant comme

base l'accord interinstitutionnel pour un recours plus structuré à la technique de refonte des actes juridiques (28 nov. 2001). La Commission européenne utilisera cet instrument pour proposer une modification conséquente de la législation communautaire s'il permet clarté, pertinence et simplification.

La Commission européenne annonça que la réalisation du programme de codification devrait être terminée en 2005. Son intégration au programme de simplification de l'acquis communautaire en 2003-2004 et par la suite au programme permanent de simplification du cadre réglementaire 2005-2009 a permis sa « *rénovation* ». Le cadre permanent de simplification de l'acquis communautaire (2005-2009) a été évalué à trois reprises<sup>23</sup> et les trois rapports présentés ont fait référence à l'avancée du programme de codification, ce qui indique clairement que se poursuit son application.

Le premier rapport fixa pour objectif de terminer le programme de codification mi-2008, le deuxième rapport reporta la date à fin 2008 et le troisième choisit 21 nouveaux textes législatifs à codifier en 2009 sans fixer, comme c'était le cas dans les deux rapports précédents, de date butoir.

Le deuxième rapport d'évolution sur la stratégie de simplification du cadre réglementaire fut adopté le 30 janvier 2008 et indiqua que 87 actes de codification avaient déjà été approuvés par le législateur et publiés au Journal officiel de l'Union européenne, remplaçant ainsi 348 textes normatifs antérieurs. Le rapport indiquait également que la Commission européenne avait présenté au législateur 65 nouveaux actes de codification pour approbation de telle sorte que le nombre total d'actes de codification proposés par la Commission s'élevait alors à 152.

Le troisième rapport d'évolution sur la stratégie de simplification du cadre réglementaire fut adopté le 28 janvier 2009. Il indiquait que la Commission avait terminé la codification de 229 actes, dont 142 avaient été adoptés par le colégislateur, remplaçant ainsi 729 actes, ce qui correspond à quelques 1 300 pages du Journal officiel de l'Union européenne. Ainsi, depuis la présentation du deuxième rapport, la Commission a présenté 67 nouvelles propositions de ●●●

23. 1<sup>er</sup> rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM, 690 final, 14 nov. 2006); 2<sup>e</sup> rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM, 33 final, 30 janv. 2008); et 3<sup>e</sup> rapport intermédiaire sur la stratégie pour la simplification du cadre réglementaire (COM, 17 final, 28 janv. 2009).

●●● codification et le législateur (le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne) a approuvé 55 nouveaux actes de codification. Le programme de codification s'est poursuivi en 2009, comme en atteste l'annexe 6 du troisième rapport qui annonça l'approbation de 8 nouveaux actes de codification par le législateur et la présentation de 13 nouvelles propositions de codification par la commission.

## 7 LE DROIT SOCIAL COMMUNAUTAIRE CODIFIÉ : LA SITUATION AUJOURD'HUI

### ► La codification des directives communautaires

Quelques directives communautaires en matière sociale ont fait l'objet de modifications à plusieurs reprises. Elles ont donné lieu à codification afin de gagner en clarté et rationalité et conduit à l'approbation d'une nouvelle directive venant se substituer à la directive antérieure et aux directives modificatrices. La nouvelle directive (version codifiée) respecte intégralement le contenu des textes codifiés et consiste exclusivement à les regrouper et à en modifier la forme si nécessaire.

La première norme du droit social communautaire codifié est relative au rapprochement des législations des différents États membres en matière de licenciement collectif. L'avis émis par le Conseil économique et social européen sur la « proposition de directive du Conseil par rapport au rapprochement des législations des États membres sur les licenciements collectifs » (version codifiée) indiquait :

1) qu'il s'agissait de la première codification d'une directive relative au droit du travail et au droit social ;

2) que la Commission, conformément à sa décision du 1<sup>er</sup> avril 1987, doit procéder à la codification constitutive ou officielle des actes juridiques au plus tard après leur dixième modification ;

3) que la directive relative aux licenciements collectifs n'a été modifiée qu'une seule fois ; pour autant, la codification de ces actes juridiques s'avère utile et opportune étant donné que leurs dispositions concernent de nombreux citoyens de l'Union européenne.

La sécurité et santé au travail ont fait l'objet de codifications à plusieurs reprises. L'annexe II du programme permanent en vue de la simplification du cadre réglementaire (2005-2009)<sup>24</sup> propose une liste des secteurs propices à la simplification avec la possibilité d'améliorer la compétitivité industrielle. Parmi les secteurs couverts figurent la sécurité et la santé au travail. La stratégie de sécurité et de santé au travail (2007-2012) indique qu'une des priorités de la Commission européenne « restera l'évaluation du cadre administratif et institutionnel ainsi que sa simplification » et ajoute que « la Commission poursuivra les travaux de codification des directives sur la santé et la sécurité tout en examinant les possibilités de simplifier la législation avec pour objectif de réduire la charge administrative superflue et sans mettre en danger la réalisation des objectifs annoncés dans la présente communication » (COM, 535 final, 25 oct. 2005 précit.). ●●●

24. Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil de l'Europe, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relative à l'« Aplicación del program comunitario sobre la estrategia de Lisboa : una estrategia para la simplificación del marco regulador » (COM, 535 final, 25 oct. 2005), précit.

<b>CODIFICATION DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES</b>		
Directive de base	Modifications	Version codifiée (abroge la directive de base et ses modifications)
Dir. 1975/129/CEE du Conseil, 17 févr. 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.	Dir. 1992/56/CEE du Conseil, 24 juin 1992, mod. la dir. 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.	Dir. 1998/59/CE du Conseil, 20 juill. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.
Dir. 1977/187/CEE du Conseil, 14 févr. 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.	Dir. 1998/50/CE du Conseil, 29 juin 1998, mod. la dir. 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.	Dir. 2001/23/CE du Conseil, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.
Dir. 1980/987/CEE du Conseil, 20 oct. 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.	Dir. 1987/164/CEE du Conseil, 2 mars 1987, mod., en raison de l'adhésion de l'Espagne, la dir. 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.  Dir. 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, 23 sept. 2002, mod. la dir. 1980/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.	Dir. 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 oct. 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.
Dir. 1983/477/CEE du Conseil, 19 sept. 1983 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail ( <i>2<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 8 de la dir. 1980/1107/CEE</i> ).	Dir. 1991/382/CEE du Conseil, 25 juin 1991, mod. la dir. 1983/477/CEE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail ( <i>en part. 2<sup>e</sup> dir. au sens de l'art. 8 de la dir. 1980/1107/CEE</i> ).  Dir. 1998/24/CE du Conseil, 7 avr. 1998, concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail ( <i>1<sup>4<sup>e</sup></sup></i> dir. part. au sens de l'art. 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE). Uniquement son art. 13.2.  Dir. 2003/18/CE du Parlement européen et du Conseil, 27 mars 2003, mod. la dir. 1983/477/CEE du Conseil concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à l'amiante pendant le travail.  Dir. 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil, 20 juin 2007, mod. la dir. 1989/391/CEE du Conseil, ses dir. part. ainsi que les dir. du Conseil 1983/477/CEE, 1991/383/CEE, 1992/29/CEE et 1994/33/CE, en vue de la simplification et de la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre pratique. Uniquement son art. 2.1.	Dir. 2009/148/CE du Parlement européen et du Conseil, 30 nov. 2009, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail.

## CODIFICATION DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES (suite)

Directive de base	Modifications	Version codifiée (abroge la directive de base et ses modifications)
<p>Dir. 1989/655/CEE du Conseil, 30 nov. 1989, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail (2<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16 § 1 de la dir. 1989/391/CEE).</p>	<p>Dir. 1995/63/CE du Conseil, du 5 déc. 1995, mod. la dir. 1989/655/CEE concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail (2<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16 § 1 de la dir. 1989/391/CEE).</p> <p>Dir. 2001/45/CE du Parlement européen et du Conseil, 27 juin 2001, mod. la dir. 1989/655/CEE du Conseil concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail (2<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p> <p>Dir. 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil, 20 juin 2007, mod. la dir. 1989/391/CEE du Conseil, ses dir. part. ainsi que les dir. du Conseil 1983/477/CEE, 1991/383/CEE, 1992/29/CEE et 1994/33/CE, en vue de la simplification et de la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre pratique. Uniquement en ce qui concerne la réf. faite à la dir. 1989/655/CEE à l'art. 3, point 3.</p>	<p>Dir. 2009/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail (2<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p>
<p>Dir. 1990/394/CEE du Conseil, 28 juin 1990, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (6<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16 § 1 de la dir. 1989/391/CEE).</p>	<p>Dir. 1997/42/CE du Conseil, 27 juin 1997, portant 1<sup>re</sup> modification de la dir. 1990/394/CEE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (6<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16 § 1 de la dir. 1989/391/CEE).</p> <p>Dir. 1999/38/CE du Conseil, 29 avr. 1999, mod. pour la 2<sup>e</sup> fois la dir. 1990/394/CEE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail, et l'étendant aux agents mutagènes.</p>	<p>Dir. 2004/37/CE du Parlement européen et du Conseil, 29 avr. 2004, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes ou mutagènes au travail (6<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE du Conseil).</p> <p>Dir. 2000/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 18 sept. 2000, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'art. 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p>
<p>Dir. 1990/679/CEE du Conseil, 26 nov. 1990, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16 § 1 de la dir. 1989/391/CEE).</p>	<p>Dir. 1993/88/CEE du Conseil, 12 oct. 1993 modifiant la dir. 1990/679/CEE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p> <p>Dir. 1995/30/CE de la Commission, 30 juin 1995, portant adaptation au progrès technique de la dir. 1990/679/CEE du Conseil concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p>	<p>Dir. 2000/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 18 sept. 2000, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p>

## CODIFICATION DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES (suite)

Directive de base	Modifications	Version codifiée (abroge la directive de base et ses modifications)
	<p>Dir. 1997/59/CE de la Commission, 7 oct. 1997, portant adaptation au progrès technique de la dir. 1990/679/CEE du Conseil concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (7<sup>e</sup> dir. part. au sens de l'article 16, § 1, de la dir. 1989/391/CEE).</p> <p>Dir. 1997/65/CE de la Commission, 26 nov. 1997, portant 3<sup>e</sup> adaptation au progrès technique de la dir. 1990/679/CEE du Conseil concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail.</p>	
Dir. 1993/104/CE du Conseil, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.	Dir. 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 juin 2000, mod. la dir. 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive.	Dir. 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

### ► La codification des règlements communautaires

Le règlement n° 1612/1968 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs dans la Communauté a été modifié à différentes reprises de façon substantielle. La Commission a donc proposé sa codification en

vue d'une plus grande clarté et rationalité. Le nouveau règlement remplacera le règlement n° 1612/1968 et tous les règlements modificateurs, tout en respectant dans leur totalité le contenu des textes codifiés et en se limitant à les regrouper en effectuant les modifications formelles requises par la codification. ●●●

## CODIFICATION DES RÉGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

Décision de base	Modifications	Version codifiée (abroge le règlement de base et ses modifications)
Régl. CEE n° 1612/1968 du Conseil, 15 oct. 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.	<p>Régl. CEE n° 312/1976 du Conseil, 9 févr. 1976, mod. les dispo. relatives aux droits syndicaux des travailleurs figurant dans le régl. CEE n° 1612/1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.</p> <p>Régl. CEE n° 2434/1992 du Conseil, 27 juill. 1992, mod. la 2<sup>e</sup> partie du régl. CEE n° 1612/1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.</p> <p>Dir. 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, 29 avr. 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, mod. le régl. CEE n° 1612/1968 et abrogeant les dir. 1964/221/CEE, 1968/360/CEE, 1972/194/CEE, 1973/148/CEE, 1975/34/CEE, 1975/35/CEE, 1990/364/CEE, 1990/365/CEE et 1993/96/CEE.</p>	Proposition de régl. du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (COM, 204 final, 5 mai 2010).

## ► La codification des décisions communautaires

Parallèlement aux directives et règlements, les

décisions sont également des normes de droit et certaines d'entre elles ont été codifiées, comme indiqué dans le tableau ci-dessous. ■

### CODIFICATION DES RÉGLEMENTS COMMUNAUTAIRES (suite)

Décision de base	Modifications	Version codifiée (abroge la décision de base et ses modifications)
<p>Décision 1982/43/CEE de la Commission, 9 déc. 1981, relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes.</p>	<p>Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République Portugaise et aux adaptations des traités. Point VIII.12 de l'annexe I de l'acte d'adhésion de 1985.</p> <p>Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne. Point IV.C de l'annexe I de l'acte d'adhésion de 1994</p> <p>Décision 95/420/CE de la Commission, 19 juill. 1995, mod. la décision 82/43/CEE relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes.</p> <p>Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne. Point 11.4 de l'annexe II de l'acte d'adhésion de 2003.</p> <p>Règlement CE n° 1792/2006 de la Commission, 23 oct. 2006, portant adaptation de certains règlements et décisions adoptés dans les domaines de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des personnes, de la politique de la concurrence, de l'agriculture (législation vétérinaire et phytosanitaire), de la pêche, de la politique des transports, de la fiscalité, des statistiques, de la politique sociale et de l'emploi, de l'environnement, de l'union douanière et des relations extérieures, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie. Uniquement en ce qui concerne la référence à la décision 1982/43/CEE à l'article 1<sup>er</sup> § 2, 6<sup>e</sup> tiret, et à l'annexe, point 9.1.</p>	<p>Décision 2008/590/CE, de la Commission du 16 juin 2008 relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes.</p>

# En guise de conclusion...

## Modestes propos dans une perspective internationale

**Jean-Claude Javillier**, Professeur émérite Université Paris II, ancien directeur du département des normes de l'Organisation internationale du travail

Il ne saurait s'agir de conclure nos travaux, d'une grande richesse et diversité. Qu'il soit permis d'observer combien la liberté et l'ardeur de chacun/e des participant/e/s ont été patentes. Comme il est heureux que de libres échanges autour d'un nouveau Code du travail, puissent être organisés et facilités, de la meilleure des façons, par une équipe universitaire toulousaine, animée par notre collègue et amie Mme Lise Casaux-Labrunée. Tout au long du présent colloque, nous avons pu constater combien la rigueur de l'analyse et la liberté du propos se nourrissent, pour le plus grand profit de chaque participant/e. Il n'est somme toute pas si fréquent qu'en un pays comme la France, où l'écoute et le dialogue n'est pas toujours de règle, y compris dans les enceintes universitaires, des points de vue fort contrastés puissent être soutenus, entendus, donnant lieu à des réponses mesurées. La bienveillance ne va nullement à l'encontre de la science, notamment juridique. Voici un bien grand privilège que celui d'être juriste dans un État de droit, dans une démocratie, dont on ne mesure jamais assez combien elle seule permet la liberté des échanges et la synergie des influences provenant de si nombreuses sensibilités et appartenances énoncées comme telles.

C'est ainsi que des critiques ont pu être présentées ; des arguments ont été développés *pro* et *contra* sur de nombreuses questions et articles du nouveau Code du travail. Mais ce fut toujours dans le plus grand respect de chacun/e, syndicats et employeurs, juges et avocat/e/s, professeur/e/s et chercheur/se/s, sans oublier les étudiant/e/s toujours un peu (trop) silencieux dans nos facultés de droit françaises (et toujours en haut de l'amphi).

Qu'il soit donc permis d'observer que ce faisant, c'est bien l'esprit de Michel Despax qui a guidé nos travaux. Il n'est de plus bel hommage à lui rendre que de travailler ainsi entre collègues, de dialoguer avec les professionnel/le/s comme avec des collègues venus d'autres universités et pays. Nous avons ainsi passé des journées studieuses dans un amphithéâtre et nous constatons combien ce dernier peut être un lieu privilégié pour inviter (tout au long de nos vies) au Savoir et apprendre la tolérance toujours si difficile, mais qui en est le préalable.

### 1 L'APPROPRIATION DU NOUVEAU CODE DU TRAVAIL PAR LES USAGERS

Aux origines d'une dynamique scientifique et du dialogue pour ce séminaire, la volonté d'enquêter, de mesurer, autant que faire techniquement se peut, la réception, pour ne pas dire (encore) l'appropriation du nouveau Code du travail par les usagers. Il faut se féliciter qu'une telle démarche ait pu être mise en œuvre avec l'appui des pouvoirs publics, et plus précisément et de façon plus méritoire encore, par celles et ceux qui ont œuvré pour la recodification, en particulier Monsieur Jean-Denis Combrexelle et son équipe. La présence de ces personnalités nous a permis de mesurer, à plusieurs reprises, combien la recodification est œuvre complexe. Tant d'articles, en flux tendu et informatique ! En bien des domaines, des codes sont encore attendus ! Et encore, avec cette étoile dans le ciel du droit social : la constance. Recodification du code à droit constant et inconstance du droit du travail français ? Législation et jurisprudence : que de réformes pour l'une, et de revirements pour l'autre. La constance doit être sans doute recherchée dans l'orientation générale, avec la boussole des normes internationales et européennes. La constance dans le droit, pour chaque norme, réclame sans doute beaucoup de finesse dans la conception d'un dispositif et la prise en compte de sa mise en œuvre. C'est donc d'un travail juridique des plus élaborés qu'il s'agit, ce qui, bien évidemment, n'exclut pas les critiques de tous ordres, à l'exception de celles si radicales et excessives qu'elles en perdent toute crédibilité. De ce point de vue, il sera bon d'examiner avec quelque recul et du temps, les écrits doctrinaux. Mais l'excès et l'emportement, et l'absence d'expérience pratique, sont sans doute l'un des traits constitutifs d'une œuvre doctrinale « à la française ».

### 2 LA NOTION DE FAMILLE JURIDIQUE

Selon que vous êtes, géo-juridiquement, proches ou non d'un pays, familiers ou non d'un droit, de codes, l'impression diffère fort. Vu de loin, il n'est pas étonnant que la ●●●

●●● France codifie et bien évidemment recodifie. N'est-ce pas l'un des traits fondamentaux de son système juridique, et sans doute des pays qui appartiennent à une même « famille » juridique, dans laquelle les sources étatiques et encore écrites ont une importance déterminante. Dans une telle perspective, point de surprise : la codification est toujours d'actualité en France. En chaque domaine du droit, il existe un code (ou une publication qui en revendique la qualité). Et les codes s'épaississent au fil des ans et des réformes. Le Code du travail est sans doute de ceux qu'on pourrait presque apercevoir du haut de la Muraille de Chine. De très loin, on pourra pourtant se demander si les mutations économiques mondiales n'ont pas affecté le contenu même de ce code si volumineux.

### 3 LA PROTECTION DES SALARIÉS

En certains pays en effet, un mouvement de simplification du droit s'est développé, qui a considérablement réduit le nombre des textes applicables à une même situation. L'objectif avoué étant souvent de faire rimer droit et efficacité économique. Des institutions internationales, telle la Banque mondiale (en son rapport annuel « *Doing Business* »), ont encouragé un tel mouvement par la conception et l'utilisation d'indicateurs dont peu à peu les imperfections sont admises et en voie d'être corrigées, singulièrement en matière sociale, à la suite d'un dialogue avec le Bureau international du travail. De façon très fréquente à travers le monde, ce n'est pas de simplification qu'il convient de parler, mais bien de remise en cause des protections des salariés sous l'influence d'un grand vent de flexibilité, entre autres normative, qui a soufflé si fort. Que de « *tsunamis* » normatifs, tant dans l'ordre des rapports individuels que collectifs du travail ! Bien évidemment, les mutations des relations professionnelles, et singulièrement l'affaiblissement des syndicats de salariés, ont sans doute facilité un tel mouvement.

### 4 LES PRINCIPES QUI GUIDENT LE LÉGISLATEUR

Vu de près, le nouveau Code du travail français ne participe pas du mouvement ci-dessus relevé à travers le monde. Il ne s'est point agi de remettre en cause les fondements non plus que les institutions et dispositifs techniques du droit du travail. Certes, ici ou là – ce qui n'est pas sans importance pour les praticien/ne/s – une modification du texte, un changement de lieu de l'article, le

découpage d'un article en plusieurs..., des changements sont observés et parfois dénoncés avec force, du côté *pro labor*. Mais qu'il soit permis d'observer qu'une codification, qui se déclare à droit constant, ne peut avoir une telle finalité non plus que parvenir à un tel résultat. À l'évidence, voici une recodification qui ne constitue nullement une rupture normative non plus qu'institutionnelle. Bien évidemment, toute révision d'un texte et d'un ensemble de normes incite à une réflexion en profondeur sur les principes qui guident le législateur, l'esprit qui anime les juges, les stratégies qu'ont les partenaires sociaux. À n'en pas douter, le nouveau Code du travail apporte une contribution non négligeable à une telle réflexion. Avec bien évidemment des nuances, selon les sensibilités, un tel travail s'impose dans une période de profondes mutations économiques, tout autant que sociales.

Il n'est pas sans intérêt d'observer que le droit du travail de l'Union européenne peut jouer un rôle non négligeable dans cette constance du droit. Avec ce petit tempérament il se peut qu'en se rapprochant des normes européennes, sur telle ou telle question, ce soit un certain infléchissement du droit du travail qui se produise de façon presque imperceptible. Le caractère unilatéral et protecteur du droit du travail français n'a-t-il pas été en certaines questions quelque peu remis en cause par une approche sans doute plus nuancée (ou équilibrée) et institutionnelle des intérêts en présence ? Ce qui, bien évidemment, fera craindre le pire à celles et ceux qui, doctrinalement et fort radicalement, considèrent que l'analyse économique du droit et des institutions ne saurait avoir la capacité de remettre en cause les principes et fondements mêmes du droit (social) français. Qu'il soit cependant permis de considérer qu'une telle analyse économique, avec des méthodes nourries de tripartisme, est indispensable pour que le droit du travail soit en mesure de vraiment promouvoir le travail décent pour toutes et tous.

### 5 L'APPLICATION DU NOUVEAU CODE

Il n'est pas sans importance de relever combien l'application d'un code, comme de tout texte juridique et singulièrement d'origine législative, dépend des conditions de son application dans la pratique. De la norme à la réalité, il y a toujours une distance qui parfois donne le vertige à celles et ceux qui l'ont conçu et adopté. C'est pourquoi il convient de toujours analyser les conditions dans lesquels les textes et, singulièrement, les articles d'un code (nouveau ou non) sont mis en œuvre par les juridictions. Certes, le contentieux n'est pas l'unique



voie de réalisation des normes, notamment étatiques. Et il est sans doute opportun, dans le monde contemporain, de promouvoir les multiples voies de réalisation des normes juridiques (alternatives ou non), par la voie d'un système complexe mais efficace de régulation. De ce point de vue, pour les recodifications futures, ce dernier concept pourrait générer à la fois des perspectives nouvelles pour la formulation de règles juridiques et aussi une dynamique de l'application qui renforce le tripartisme sans lequel le droit du travail ne serait bien vite que branche morte du droit.

## 6 L'ACCÈS POUR TOUS!

Qu'on s'en réjouisse ou non, le contentieux reste la voie de réalisation majeure du droit du travail à travers le monde, du moins lorsqu'existe un État de droit. Ce dernier s'accompagne en effet de la mise en place d'institutions judiciaires qui doivent présenter toutes garanties pour les parties en présence. Impartialité et contradictoire, pour le moins. Accessibilité pour toutes et tous, en tous cas. Des codes parfaits, nous nous sommes quelque peu méfiés. Mais d'un mauvais fonctionnement des juridictions compétentes en matière de travail, nous devons plus encore nous inquiéter. Bien évidemment, au sein de l'Union européenne, nous avons cette certitude que l'État de droit en chaque État membre garantit un tel recours à la justice, notamment dans le domaine des relations du travail. Cependant, comment ne pas avoir été frappé, lors de nos travaux, par ces témoignages forts graves de conseiller/er/ère/s prud'hommes témoignant des conditions dans lesquelles ils rendent la justice? Absence de codes du travail à disposition de ces juges : le constat est accablant. Il n'est pas acceptable qu'une recodification soit réalisée sans que l'accès au nouveau code soit possible pour toutes et tous, singulièrement celles et ceux qui siègent dans les conseils de prud'hommes. Cependant, ces témoignages de magistrats ont été faits dans des conditions d'une très remarquable sérénité et avec des mots que nous ne saurions oublier. Gageons que nos chers éditeurs de codes (si bien annotés) auront à cœur de permettre aux conseiller/ère/s prud'hommes (et pas seulement de la région toulousaine) de disposer du nouveau Code du travail.

## 7 LE DROIT INTERNATIONAL

Faut-il, enfin, souligner tout ce que le droit du travail français, et partant le nouveau Code du travail, doit au

droit international? Des contentieux récents ont mis en relief les implications pratiques de la ratification des normes internationales du travail. L'interprétation des normes internationales du travail n'est cependant pas chose toujours aisée, au plan international comme national. Mais avant d'interpréter, il faut au moins connaître les normes dont s'agit. Or, force est de constater, en de très nombreux pays, la très insuffisante connaissance de ces normes, même par celles et ceux qui sont des spécialistes du droit du travail. La France ne saurait échapper à ce constat. Dès lors, il faut nous demander comment une recodification peut contribuer à promouvoir une telle connaissance, et aussi et surtout, une appropriation de ces normes internationales par les usagers. Une pédagogie des normes internationales, comme européennes, est à sans cesse améliorer. Certes, dans la publication par les éditeurs de codes, il est à relever que certains ont pris le parti de privilégier de telles normes. Mais ce n'est là qu'initiative particulière, pour autant non négligeable dans ses effets pratiques, pour celles et ceux qui ont choisi un tel code. Beaucoup reste donc à faire pour que ce droit international et européen, qui nourrit en profondeur le droit français, puisse être mieux compris et plus pertinemment utilisé par les usagers.

## 8 TRAVAIL DÉCENT ET JUSTICE SOCIALE

Chacune et chacun d'entre nous doit œuvrer avec ardeur et de façon permanente pour que le travail décent et la justice sociale deviennent réalité pour toutes et tous. Toute recodification ne saurait se faire utilement qu'à l'aune de ces concepts, les plus nouveaux compris, au plan national comme international. Tout Code du travail traite du travail humain, qui ne saurait jamais être considéré non plus que traité comme une marchandise. L'esprit de la déclaration de Philadelphie est plus que jamais d'actualité.

Mais cet esprit doit contribuer à forger de nouveaux concepts pour les nouveaux codes du travail. Toute recodification est question de nouveau langage. C'est sans doute pourquoi Antoine de Saint-Exupéry nous convie avec tant de force à reconsidérer notre langage : « *Pour saisir le monde d'aujourd'hui, nous usons d'un langage qui fut établi pour le monde d'hier. Et la vie du passé semble mieux répondre à notre nature, pour la seule raison qu'elle répond mieux à notre langage* » (in « *Terre des hommes* », Éd. Gallimard, Paris, Collection Folio, n° 211, Paris, 1988, p. 50). ■

## Les partenaires de la manifestation



afdt

Semaine sociale Lamy



DALLOZ



Université Toulouse 1 Capitole  
2 rue du Doyen Gabriel Marty  
31 042 Toulouse Cedex 9



## Semaine sociale Lamy

- Président directeur général  
de Wolters Kluwer France – Directeur  
de la publication  
Xavier Gandillot
- Directeur général  
du Pôle Entreprises  
Isabelle Bussel
- Directeur de l'Édition sociale  
François Barbé
- Rédactrice en chef  
Françoise Champeaux  
Case postale 702  
fchampeaux@wolters-kluwer.fr
- Rédactrice en chef adjointe  
Lucy Bateman  
Case postale 702  
lbateman@wolters-kluwer.fr
- Secrétariat de rédaction unique /  
maquette  
Catherine Ducroux  
Case postale 702  
cducroux@wolters-kluwer.fr
- Internet  
www.wk-rh.fr  
www.2lreflex.fr
- Édité par :  
Wolters Kluwer France,  
Immeuble Le Corosa,  
1, rue Eugène  
et Armand Peugeot,  
92856 Rueil-Malmaison Cedex
- SAS au capital de 300 000 000 euros
- Associé unique :  
Holding Wolters Kluwer France
- CPPAP 0213 T 82710
- RCS Nanterre 480 081 306
- Siret 480 081 306 00023
- TVA FR 55 480 081 306
- APE 221 E
- N° Indigo 0 825 08 08 00
- Fax 01 76 73 48 09
- Abonnement annuel  
464,56 euros TTC
- Prix du numéro  
33,70 euros TTC
- Prix du supplément  
35,74 euros TTC
- Prix des reliures  
26,55 euros TTC
- Périodicité hebdomadaire
- Dépôt légal à parution
- ISSN 0223-4637
- Imprimerie Delcambre,  
BP 389, 91959 Courtabœuf cedex

Toute reproduction  
ou représentation intégrale  
ou partielle par quelque procédé  
que ce soit, des pages publiées  
dans la présente publication,  
faite sans autorisation de l'éditeur  
est illicite et constitue une contrefaçon.  
Les noms, prénoms et adresses  
de nos abonnés sont communiqués  
à nos services internes et organismes  
liés contractuellement avec  
la publication, sauf opposition motivée.  
Dans ce cas, la communication  
sera limitée au service abonnement.  
Conformément à la loi du 6 janvier 1978,  
ces informations peuvent donner lieu à  
l'existence d'un droit d'accès  
et de rectification auprès  
de Wolters Kluwer France –  
Direction commerciale.