

La norme en droit du travail

Bref propos sur les droits vanuatais et français

Sébastien RANC

Maître de conférences en droit privé

Les excès. C'est devenu un lieu commun aujourd'hui de dire que nous sommes face à un excès de normes. Il y a une trentaine d'années, le Professeur François Terré – qui a participé à l'élaboration de la Constitution nivane¹ – écrivait déjà que « l'inflation des textes qui marque le droit de notre époque n'a pas épargné le droit du travail, loin de là »².

Comment réagir à cet excès de normes ?

Il faut éviter de régir avec excès. Lors d'un débat télévisé en 2013, notre actuel Premier ministre avait comparé le Code du travail français avec son homologue suisse. Il les avait apportés sur le plateau télévisé : le premier était un énorme ouvrage de plus de trois mille pages, alors que le second était un livre de poche. Le Code du travail français était en outre accusé de l'état du chômage en France, alors que le taux suisse du chômage n'était à l'époque que de 4 %³. Au-delà du fait qu'il est difficile d'établir scientifiquement un lien entre l'état d'une législation et le taux de chômage, il faut savoir que le Code du travail français brandi par François Bayrou était issu d'une édition particulière, non pas les éditions classiques (*Dalloz* ou *LexisNexis*), mais celui de la *Revue fiduciaire*, c'est-à-dire une « version augmentée » par rapport aux éditions classiques, avec certes des références jurisprudentielles, mais également des annotations doctrinales. La comparaison était donc assez déloyale...

Malgré tout, la question – « Trop de normes tuent-elles la norme ? » – reste légitime.

La culture excessive de la norme affecterait nos démocraties⁴. Faut-il pour autant supprimer, « à coups de tronçonneuse » si l'on ose dire, des normes ? Il ne faut pas non plus tomber dans le discours séducteur de la simplification⁵. L'excès des normes n'est finalement que le reflet de la complexification de notre société. Dit autrement, ce n'est pas parce qu'un système est complexe qu'il est nécessairement mauvais.

À notre avis, il faut revenir à la légitimité de la norme : comprendre pourquoi un corps social accepte de se soumettre à une norme commune et réinsuffler cette légitimité au sein des normes actuelles.

La légitimité. Très (trop) rapidement, la légitimité de la norme provient de plusieurs facteurs. Il y a d'abord la tradition. Au Vanuatu, la coutume est légitime car elle est réitérée depuis fort longtemps. Il y a également la participation directe (référendum) ou indirecte (à travers des représentants élus) du corps social à l'élaboration de la norme.

S'agissant de la participation à l'élaboration de la norme, le droit du travail français est intéressant en ce qu'il a tenté d'implémenter le système démocratique au sein de l'entreprise. C'est d'abord le constituant qui a institué un principe de participation à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». C'est ensuite

¹ N. MOLFESSIS, « François Terré (1930-2024) », *JCP G* 2024, 682.

² F. TERRÉ, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in *Les sources du droit du travail*, dir. B. TEYSSIE, PUF, 1998, spéc. p. 20.

³ <https://www.youtube.com/watch?v=8edUganBrNg>

⁴ J.-D. COMBRELLE, *Les normes à l'assaut de la démocratie*, Odile Jacob, 2024.

⁵ M. VÉRICEL, « Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ? », *Dr. soc.* 2015, p. 833.

le législateur qui s'est inspiré du rapport *Auroux* de 1981, du nom du Ministre du travail de l'époque, lequel avait voulu « faire du salarié, un citoyen de l'entreprise ».

Cette implémentation présente en elle-même des limites, dans la mesure où l'entreprise ne peut être assimilée de manière absolue à un État. Par exemple, depuis les ordonnances dite *Macron* du 22 septembre 2017, il est possible dans les entreprises de moins de 11 salariés, dépourvues de représentation syndicale, de conclure une convention collective de travail via un référendum. Cette modalité de conclusion d'une convention collective est critiquable : l'employeur soumet au vote des salariés un projet de convention collective qu'il a lui-même rédigé. Ces derniers ne disposent d'aucune marge ni de contestation, ni de négociation.

Mais le droit du travail français est allé encore un peu plus loin dans la participation à l'élaboration de la norme. Aux côtés de la démocratie classique s'ajoute la démocratie sociale. Celle-ci consiste à associer les corps intermédiaires – organisations syndicales et patronales – à l'élaboration de la norme en droit du travail⁶. La norme gagne ainsi en légitimité sociale. Elle semble ainsi mieux acceptée par le corps social concerné, en l'occurrence les travailleurs. Cela ne signifie pas pour autant que l'État doit abandonner tout pouvoir aux partenaires sociaux. Il doit être là pour fixer certaines limites.

Confronté à la norme, le juriste se pose la lancinante question de savoir d'où elle provient⁷ (I). Une fois remonté à la source, il s'interroge alors sur sa force contraignante (II).

I : Les sources

Comme le Vanuatu, le droit du travail est un véritable laboratoire pour étudier la norme. Il n'est pas seulement constitué de normes juridiques. Il est aussi imprégné de normes provenant d'autres disciplines. On pourrait parler de « pluralisme interdisciplinaire ». Par exemple, le discours économique libéral et néo-libéral l'imprègne actuellement fortement⁸. Autre exemple, les normes comptables servent à apprécier la légitimité d'un licenciement pour motif économique⁹.

Ce qui caractérise également le droit du travail, et le fait ainsi ressembler au droit vanuatais, est la multiplicité de ses sources. Comme toutes les branches du droit, les sources proviennent de l'extérieur. Le droit du travail est ainsi influencé par les droits de l'Union européenne, de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou encore de l'Organisation internationale du travail, dont est également membre le Vanuatu.

Mais là où les sources du droit du travail présente des singularités par rapport aux autres branches du droit, c'est essentiellement en droit interne. Parmi ses sources tout à fait singulières, on trouve notamment l'engagement unilatéral de l'employeur, le règlement intérieur de l'entreprise, les usages professionnels, ou encore, les conventions collectives de travail. Dernier-né parmi ces sources, les « politiques d'entreprise »¹⁰ qui ont conduit à la récente condamnation pénale des dirigeants de l'entreprise *France Telecom* pour harcèlement moral « institutionnel »¹¹.

Bref, les sources en droit du travail sont particulièrement riches. Deux d'entre elles vont retenir notre attention, car on les retrouve en droit nivane : la coutume (A) et la *soft law* administrative (B).

A : La coutume

⁶ Par exemple, l'article L. 1 du Code du travail relatif à la « loi négociée » prévoit une consultation préalable des partenaires sociaux pour l'adoption de certains projets de loi en matière sociale. Au Vanuatu, le Conseil consultatif du travail (organe tripartite) a pour mission d'étudier les questions relatives à l'emploi et aux relations de travail qui lui sont soumises par le Ministre et de lui rendre des avis (Chap. 160 – Travail, art. 1^{er}). C'est une sorte de démocratie sociale.

⁷ Qui n'a pas assisté à un cours magistral ou parcouru un manuel de droit, où l'enseignant commence son propos par un chapitre relatif à la source de la branche du droit étudiée ? Cette systématisation n'existe pas seulement pour faire plaisir à l'enseignant. Elle permet la comparaison entre les différents systèmes juridiques étatiques. V. not. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, 2022, 3^{ème} éd.

⁸ H. RÉVILLON, « L'influence du discours économique sur la négociation collective », *SSL* 2025, n° 2138, p. 5.

⁹ C. trav., art. L. 1233-3. Adde S. JUBÉ, « La normativité comptable : un angle mort du droit social », *RDT* 2009, p. 211.

¹⁰ C. WOLMARK, « Les politiques d'entreprise », *RDT* 2023, p. 241.

¹¹ Crim., 21 janvier 2025, n° 22-87.145, publié.

Est-ce que la coutume existe en droit du travail ?

En droit vanuatais, la question ne se pose pas dans la mesure où la coutume – ou plutôt, les coutumes¹² – sont une des sources essentielles du droit vanuatais, reconnues par la Constitution de 1980 en son article 95. La majorité des relations de travail étant informelles au Vanuatu, elles sont en réalité « régulées » par la coutume et non le droit du travail. Pour connaître plus précisément les coutumes travaillistes nivanes, il faudrait mener une enquête de terrain, que nous ne sommes pas en mesure de réaliser.

Question plus perturbatrice pour le juriste français : est-ce que la coutume existe en droit français du travail ?

Instinctivement, on pense aux usages professionnels¹³. L'usage est une pratique caractérisée par sa répétition régulière, même sur une assez courte période, mais qui est tenue pour obligatoire pour ceux qui s'y soumettent ou en bénéficient. Les usages peuvent être généralisés à la France entière : par exemple, les deux heures quotidiennes de liberté pour le salarié en cours de préavis ou de licenciement¹⁴ ; à une profession, le jour de la Sainte-barbe est chômé dans les mines ; ou encore à une entreprise, une prime accordée par l'employeur à chaque Noël. Si ces usages professionnels ressemblent à la coutume, ils ne se confondent pas pour autant avec elle, car le caractère immémorial leur fait défaut. Dit autrement, on peut remonter aux origines de l'usage, contrairement à la coutume. Donc, sur le territoire métropolitain, la coutume ne semble pas exister en droit du travail, tant il existe de nombreuses règles écrites qui seraient venues combler les interstices où il aurait pu subsister de la coutume.

Pour autant, il existe un territoire français, situé non loin du Vanuatu, où peut s'appliquer de la coutume au cours de la relation de travail. En Nouvelle Calédonie, « 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 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. [...] De même, un salarié kanak peut envoyer un membre de sa famille à sa place si lui n'est pas disponible »¹⁵, situation contradictoire avec le caractère *intuitu personae* du contrat de travail. Le droit kanak coutumier et le droit du travail calédonien sont parfois difficilement conciliables¹⁶. Une loi de pays est pourtant parvenue à les concilier en instituant des « congés coutumier »¹⁷, seul et unique bel exemple en droit du travail de la réception de la coutume par la règle de droit¹⁸.

B : La *soft law* administrative

La *soft law* administrative ressemble beaucoup à la *soft law* privée, issue pour beaucoup de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)¹⁹. Mais au lieu d'être sécrétée par l'entreprise, elle l'est par l'administration. En France, c'est une forme de souplesse, liée non pas à leur contenu (souvent très précis), mais à leur normativité, qui caractérise la prolifération de foire aux questions (FAQ), de

¹² M. THIOYE, « Le Vanuatu au confluent du pluralisme normatif, du pluralisme juridique et de la pluralité du droit : une diversité au secours ou à rebours de l'uni(cité) du droit vanuatais ? », in *Vanuatu : oscillation entre diversité et unité*, PUT1, 2017, p. 285.

¹³ Certains auteurs ont tenté d'assimiler certaines pratiques syndicales (M. LEROY, *La coutume ouvrière*, 1913. *Addé* A.-S. CHAMBOST, « Le droit ouvrier hors et contre le droit étatique. À propos de *La coutume ouvrière* de Maxime Leroy », *Dr. ouv.* 2024, p. 46) ou certaines pratiques au sein des entreprises (Ch. MOREL, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 279) à de la coutume.

¹⁴ Soc., 7 février 1957 : *Dr. soc.* 1957, p. 362.

¹⁵ N. MEYER, « Un nouveau Code du travail peut en cacher un autre : le Code du travail de Nouvelle-Calédonie », *SSL* 2010, supplément, n° 1434, p. 113.

¹⁶ Sur le droit du travail calédonien, distinct du droit du travail métropolitain, v. not. Ch. FROGER et S. RANC, « Droit du travail calédonien vs droit du travail métropolitain : une lecture discutable de l'autonomie normative de la Nouvelle-Calédonie », *JCP S* 2025, 1067.

¹⁷ Lp. N° 2018-3 du 28 mai 2018 instituant un congé pour responsabilité coutumière : *JONC*, 5 juin 2018, p. 7130.

¹⁸ N. MEYER, « Les congés coutumiers », in *Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ?*, LARJE, 2021, pp. 83 à 97. Plus généralement et du même auteur, « Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, pp. 243 à 258.

¹⁹ La responsabilité sociale des entreprises est quasiment dépourvue de force contraignante, dans la mesure où elle est élaborée de manière unilatérale par les entreprises.

questions-réponses (QR), de fiches-métiers, de protocoles sanitaires, de guides de bonnes pratiques, de chartes, d'avis et d'autres communiqués, émis souvent en droit du travail par le Ministère du travail. Ces normes administratives ont connu un essor sans précédent avec la crise du Covid-19 grâce à leur facilité d'adoption permettant de réagir rapidement à la situation d'urgence.

Cette *soft law* administrative semble aussi exister au Vanuatu. Il suffit de prendre pour exemple le « Guide des employeurs », datant de 2020 et mis à disposition par la Chambre de commerce et d'industrie du Vanuatu indiquant les principales règles du droit du travail à respecter²⁰, ou encore le « *Human Resource Management Handbook* » de l'Université nationale du Vanuatu qui édicte des sortes de règles de conduite imputables aux salariés et à l'employeur.

Cette *soft law* administrative pose plusieurs problèmes, du moins en France²¹. Il y a d'abord un problème de sécurité juridique. Par exemple, le Ministère du travail a retiré du jour au lendemain un QR relatif à la présomption de démission qui, une fois déposé sur le site internet du ministère, avait été largement critiqué par la doctrine et les praticiens. Il y a ensuite un problème de normativité. En effet, la controverse autour de cette nouvelle forme de régulation ne se situe pas tant dans son contenu, qu'au regard du fait qu'un certain nombre des instruments du « droit mou » ont de véritables prétentions normatives. La question s'est immanquablement posée de la possibilité de contester la légalité de ces textes devant les tribunaux. D'abord réticent, le Conseil d'État a progressivement admis un contrôle de légalité des instruments du droit souple²². Il faut désormais comprendre que des actes en apparence peu contraignants peuvent, au regard des effets qu'ils sont susceptibles de produire, être soumis à un contrôle de légalité. Il y a eu enfin, s'agissant du protocole sanitaire en entreprise, une dérive : le ministère du travail a ainsi empiété sur le pouvoir réglementaire²³.

Au Vanuatu, quel serait le sort de cette *soft law* administrative ? Il faut déjà prendre conscience que le recours à juge nivane n'est pas la voie classique pour régler un litige²⁴. Au Vanuatu, les parties à la relation de travail en conflit vont plutôt avoir tendance à se tourner vers l'inspecteur du travail. Il fait office de tiers impartial, essayant de concilier les parties au litige²⁵. De tels documents issus de la *soft law* administrative pourraient être invocables devant l'inspecteur du travail et opposés à la partie qui les a édictés. Concrètement, seule l'université pourrait se voir opposer son *Guide lines* au titre d'un engagement unilatéral de l'employeur.

II : La normativité

Qu'est-ce qui donne force contraignante à une norme ? Pour un contrat, il s'agit soit de l'autonomie de la volonté (les parties acceptent d'elles-mêmes de se soumettre au contrat ; dit autrement, le contrat est la loi des parties), soit d'un simple effet de la loi (le législateur délivre au contrat une force contraignante²⁶).

En droit du travail, on se pose la question depuis longtemps de savoir d'où provient la force contraignante des conventions collectives de travail ? À l'instar des contrats, la normativité des conventions collectives provient soit de l'autonomie collective²⁷ (la force de la convention collective

²⁰ <https://vcci.vu/fr/les-ressources/manuel-de-lemployeur/>

²¹ Il semblerait que cette *soft law* ne pose pas problématique dans les pays de *common law*, dont le Vanuatu s'inspire en grande partie. « En Grande-Bretagne, [...] le *soft law* et, avec lui, les normes informelles (guides pratiques, etc.) sont reçues comme telle, sans que cela ne suscite des haut-le-cœur ! » : F. GÉA, « Voyage au(x) pays des sources du droit du travail », *Lexbase Social*, 23 octobre 2024.

²² CE, 2 juin 2020, n° 418142, *Gisti*.

²³ « Le ministère du Travail s'est [à l'époque] arrogé un pouvoir réglementaire exorbitant. Il participe désormais à la conception des normes sociales, non plus en qualité de sous-traitant au moyen de décrets que le législateur lui confie le soin d'adopter, mais de manière autonome, de sa seule autorité » : G. LOISEAU, « À propos de la force normative du protocole nationale sanitaire en entreprise », *JCP S* 2020, 450.

²⁴ À notre connaissance, il existe seulement un seul contentieux en droit du travail vanuatais : Supreme Court, 30 november 2012, n° 141, *Wilco* ; Court of Appeal, 26 april 2013, *Wilco*.

²⁵ Chapitre 162 – Conflits du travail, art. 3 à 6.

²⁶ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » : C. civ., art. 1103.

²⁷ « Comment faire produire des effets de droit à une norme (l'accord collectif en l'espèce) élaborée en l'absence de toute consécration légale ? Pour ce faire, il faut admettre que le droit n'a pas pour source exclusive l'État et peut émaner d'autres lieux de production normative. Cette hypothèse est au cœur du pluralisme juridique, très précieuse pour rendre compte de la capacité qu'ont l'entreprise ou la branche de créer leur

provient de l'autorité des partenaires sociaux), soit de l'État (la loi confère à la convention collective une force normative).

En France, si les premières conventions collectives de travail proviennent de la pratique, elles ont très tôt été « régulées » par le législateur²⁸. L'autorité des conventions collectives provient donc essentiellement de la loi. C'est la raison pour laquelle : 1) si la liberté contractuelle en matière de négociation collective existe en France, elle est fortement encadrée (obligations récurrentes de négocier sur tels ou tels sujets, acteurs de la négociation déterminés par le législateur, obligation de rédiger un préambule, etc.)²⁹ ; 2) que les conventions collectives disposent grâce à la loi d'un effet *erga omnes* ; 3) qu'au niveau de la branche, le ministère du travail peut étendre, grâce à un arrêté d'extension, un accord collectif à l'ensemble des entreprises du secteur d'activité, alors même qu'elles ne sont pas toutes parties à l'accord ; 4) que le juge contrôle le contenu des conventions collectives et les interprète, non pas à la lumière de l'intention des parties comme en matière contractuelle, mais comme la loi³⁰.

Au Vanuatu, l'origine de la normativité de la convention collective de travail est différente. En pratique, la négociation collective existe, mais elle est moins présente. Cela est dû au fait que la majorité des relations de travail sont informelles et que les syndicats, s'ils existent, sont moins nombreux³¹. Juridiquement, la négociation collective ressemble plus aux systèmes dit « volontaristes », que l'on retrouve en Allemagne et au Royaume-Uni, où ce sont les parties qui se reconnaissent elles-mêmes mutuellement aptes à négocier³². La force contraignante des conventions collectives de travail provient donc de l'autonomie normative des partenaires sociaux et n'est pas une délégation étatique³³. C'est la raison pour laquelle : 1) la convention collective n'a qu'un effet *inter partes* ; 2) la loi n'envisage pas les conventions collectives de travail, ou si peu³⁴.

Mais il y aurait peut-être une disposition légale qui pourrait s'appliquer aux conventions collectives nivanes. Il s'agit de l'article 6 du Chapitre 160 – Travail relatif aux « effets de la coutume, des contrats, etc. » selon lequel « *Les dispositions de la présente loi n'ont aucune incidence sur l'application des textes législatifs ou réglementaires, des coutumes, des primes ou contrats pouvant assurer aux salariés des avantages supérieurs à ceux que leur reconnaît la loi* ». On retrouve ici la consécration d'un principe de faveur nivane que rien n'interdit d'appliquer aux conventions collectives de travail³⁵. Ce serait alors là un paradoxe, car en France ce principe est en net recul. Mais c'est là une toute autre histoire...

propre corps de normes (accord collectif, usages...) » : P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2022, 2^{ème} éd. spéc. p. 778. Adde P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *SSL*, supplément, 2011, n° 1508, p. 63.

²⁸ Loi du 25 mars 1919.

²⁹ La négociation collective est tellement réglementée qu'elle serait, selon certains, « sous le contrôle » de l'État. V. not. B. GIRAUD et J. PÉLISSE, *Le dialogue social sous contrôle*, PUF, 2024.

³⁰ « Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte » : Soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467, publié : *RDT* 2020, p. 118, note E. PESKINE.

³¹ À notre connaissance, il existe deux « grands » syndicats : le syndicat national des travailleurs du Vanuatu (*Vanuatu National Workers Union*) et le syndicat des enseignants du Vanuatu.

³² « Le déclin des syndicats, sous l'impulsion du gouvernement Thatcher ainsi que la pression du droit de l'Union européenne ont également conduit au déclin du volontarisme britannique, qu'illustre l'adoption d'une procédure de reconnaissance obligatoire dans les entreprises de plus de 20 salariés (procédure largement modelée sur le NLRA américain ; ERA 1999, modifié en 2004). Les syndicats qui souhaitent être reconnus pour négocier doivent faire une demande auprès d'une agence gouvernementale (NLRB) [...]. La procédure de reconnaissance légale n'a pas provoqué la disparition de la procédure de reconnaissance volontaire applicable au Royaume-Uni jusqu'à cette réforme » : P. LOKIEC, op. cit., spéc. p. 779.

³³ On retrouve ici le fait que la *commun law* exerce une influence bien plus grande au Vanuatu que le droit français...

³⁴ Elles sont seulement mentionnées une seule fois et anecdotiquement dans la loi (Chapitre 160, Travail, art. 21 relatif aux retenues sur salaire).

³⁵ Grâce au terme « etc. » dans l'intitulé de l'article.