

Les juges du fond et la cour de cassation confrontés à la recodification et à la consolidation du code du travail

par Bernard Brunet

Dans le même temps où le projet de loi portant modernisation du marché du travail était présenté et enregistré au bureau de l'Assemblée Nationale (enregistrement du 26 mars 2008) intervenait le 1^{er} mai 2008 l'entrée en application "à droit constant" du nouveau code du travail promis à la réforme dès avant son entrée en vigueur.

Les choses sont ainsi faites (mais c'est devenu une habitude) qu'est présenté comme un progrès le fait de promulguer un texte dont on sait déjà que sur des points essentiels il est condamné à brève échéance. Stratification, complexification des normes, aggravation de leur instabilité, risques accrus pour la sécurité juridique: le droit du travail, à l'instar des autres branches du droit, connaît ce type de contraintes issues des tâtonnements du corps social.¹

Bien des reproches, parfois, très incisifs, ont été adressés à l'entreprise de recodification: précipitation, maladroites, modifications des champs législatifs et réglementaires, transgression du mandat du "droit constant", mise en place d'une structure permettant ensuite toutes les modifications. Peu nombreuses ont été les voix des spécialistes pour défendre l'oeuvre de recodification.

Il n'empêche que le juge, quelles que soient ses analyses sur la question, devra statuer en appliquant le nouveau code.

Le fera t'il en considérant que la décision de validation du conseil constitutionnel qui a dit que la recodification était à droit constant s'imposait à lui, ou recherchera t'il, en cas de modification de la substance des textes au hasard des opérations de classement des articles, s'il y a bien droit constant. S'il constate qu'il n'y a pas droit constant, quel texte appliquera t'il? Le nouveau texte qui été supposé être du droit constant, mais qui ne l'est pas, ou l'ancien texte, alors même que le nouveau a franchi la censure du conseil constitutionnel saisi de l'argument du non respect du "droit constant"?

¹"L'inquiétude tient plutôt au fait qu'il faudra mener de front cette acclimatation et l'assimilation des textes qui s'annoncent, parmi lesquels la loi portant modernisation du marché du travail", tiré de "La recodification des dispositions relatives à la procédure de licenciement pour motif personnel", Pierre-Yves Verkindt, in la semaine juridique Social N°18, 29 avril 2008, 1269.

D'une manière générale la majorité des auteurs dénonce l'absence de véritable réflexion dans l'entreprise systématique du droit français de codification.²

Les critiques les plus vives s'attachent tant à la forme qu'au fond de la recodification du code du travail.³

Ainsi, ne reçoit l'assentiment de la majorité de la doctrine ni la structure et l'organisation des textes, le choix des parties, des subdivisions, ni la numérotation et les intitulés. Avec le risque avancé de créer la confusion.⁴

Sur le fond, le nouveau texte est rarement soutenu⁵; ses auteurs sont presque les seuls à le présenter sous un jour favorable⁶. Les reproches de fond sont relatifs à certaines abrogations (contrôle de l'application de prescriptions, dispositions relatives au service national), à certaines reformulations incomplètes, à certaines dispositions inexactes (cas de l'application de certains éléments du code du travail aux personnels de droit public), "à la suppression de certains renvois, à l'insertion de textes épars avec des effets fâcheux sur le fond"⁷, à certaines retouches, au transfert du droit du travail au

²Le droit constant n'existe pas. L'exemple du code du travail, Hervé Moysan, la Semaine Juridique Social N15, 11 avril 2007, act.185; La codification: une utopie, S. Guy, RFD const. 1996, p 273;- N. Molfessis, Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique: RTD civ. 2000, p. 186. - H. Moysan, La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation : Dr. adm. 2002, chron. 7 ; JCP G 2002, I, n° 147. - F. Terré et A. Outin-Adam, Codifier est un art difficile [à propos d'un... Code de commerce] : D. 1994, chron., p. 99); La recodification des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés, Jean Yves Kerbourc'h, in la Semaine Juridique Social, N18, avril 2008, 1270.

³Libres propos par Emmanuel Dockès: La décodification du code du travail, in Droit Social N4 avril 2007

⁴J.-P. Blatter, Pour une lecture à droit constant d'une codification à droit constant : AJPI 2001, P. 113. — A. Lienhard et C. Rondey, Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant : D. 2000, chron. p. 521

⁵Voir cependant: "La recodification des dispositions relatives au droit du licenciement pour motif économique, Alexandre Barège et Bernard Bossu, in semaine juridique Social N18, 29 avril 2008, 1268, qui ne comporte aucune véritable critique .

⁶Voir Le nouveau code du travail et la doctrine: l'art et la manière, Droit Social N5 Mai 2007 qui est une réponse par un membre du comité des experts de la commission de recodification du code du travail à l'article précité de M. Dockès; Les enjeux de la recodification du code du travail, Jean Denis Combrexelle, directeur général du travail, M. Hervé Lanouzière, directeur départemental du travail en charge de la mission de recodification.

⁷La recodification des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés, Jean -Yves Kerbourc'h, in la semaine juridique Social N18, 19 avril 2008, 1270

pouvoir réglementaire au détriment du pouvoir législatif.⁸

Le reproche fondamentalement le plus grave est celui fait à une entreprise vouée inéluctablement à l'échec, alors qu'elle ne tend qu'à "la mise en ordre de l'amoncellement maladif des textes", alors qu'un code digne de ce nom supposerait une véritable simplification"⁹, une véritable réécriture. Celui qui concerne le plus les magistrats est celui tiré de la certitude qu'évoque le professeur Teyssié: "le 1^{er} mai marque le point de départ de plusieurs années de flottement juridique dans le domaine des relations du travail".¹⁰ En réalité bien des auteurs dénoncent, avec M. Teyssié, l'apparence de modernité de l'entreprise de recodification, entreprise dévoyée par la pratique des ordonnances, apparence qui masque la nécessité d'une révision de fond.

Il reviendra, donc, aux juridictions d'appliquer ce droit recodifié avant que d'appliquer dans quelques mois le nouveau code consolidé; au demeurant, la place restituée au domaine réglementaire prépare naturellement l'évolution du droit du travail

Elles le feront dans le contexte général de crise de la loi et d'incertitude juridique, alors que la codification rend, à de nombreux égards, l'établissement de la loi applicable plus incertain qu'il ne l'était auparavant".¹¹ Ainsi, comme l'a écrit M. Moysan: "Afin d'assurer l'accessibilité de la loi, la codification à droit constant entend remédier aux difficultés que constituent l'inflation et la dispersion des textes et aux problèmes qui affectent leur contenu (incohérences de normes, vieillissements terminologiques, etc.). Ces difficultés restent secondaires et ces problèmes ne sont qu'une conséquence de pratiques normatives strictement indifférentes à la forme codifiée ou non des textes. Autrement dit, la codification porte sur les effets et non les causes du mal. En outre, elle rend, à de nombreux égards, l'établissement de la loi applicable plus incertain qu'il ne l'était auparavant. Pour assurer l'accessibilité de la loi, il faut non seulement réformer ces pratiques et mettre à disposition les textes sous forme numérique mais aussi abandonner la codification à droit constant.". La recodification, comme le montre parfaitement M. Moysan qui substitue le

⁸Casse du droit du travail, Richard Abauzit, <http://etienne.chouard.free.fr/Europe/messages/recus/CASSE DU CODE DU TRAVAIL L analyse de Richard Abauzit.pdf>;

⁹E. Dockès, article précité.

¹⁰Un nouveau Code du travail, Bernard Teyssié, la semaine juridique social, N18, 29 avril 2008, 1265

¹¹La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation, par Hervé Moysan, in semaine juridique Ed. G N27, juillet 2002, 1147

principe d'applicabilité à celui d'accessibilité, est intimement liée, au delà de la simple accessibilité au droit que cette entreprise a pour but de faciliter, à l'établissement de la loi applicable, à la détermination des textes applicables, à leur articulation nouvelle entre eux avec les effets qui peuvent en découler, à leur rangement dans l'arborescence des nouveaux textes. Ainsi,. Par ailleurs, le même auteur met en évidence pourquoi la consolidation doit précéder la codification et non l'inverse, comme c'est ici le cas.

D'abord pour des raisons techniques aussi diverses qu'inévitables constatées à l'occasion d'autres entreprises de codification: dispositions codifiées dans une rédaction qui n'était plus en vigueur, dispositions abrogées ayant été codifiées, dispositions abrogées sans être codifiées alors qu'elles auraient dû rester en vigueur sous une forme ou sous une autre, amendes pénales et peines privatives de liberté actualisées de manière erronée à l'occasion de leur codification, requalification de sanctions pénales en sanctions administratives, sens de certaines dispositions transformées à l'occasion de leur codification, dispositions codifiées sans être abrogées. Ensuite et surtout, pour éviter durablement de désorganiser l'ordonnement juridique dans la mesure où le pouvoir normatif maîtrise rarement l'ensemble des effets de la codification avec des conséquences négatives sur l'établissement de la loi applicable par les utilisateurs professionnels et non professionnels.

L'avenir est, donc, fait d'incertitude juridique et le système judiciaire ne semble pas prêt de voir son utilité sociale décliner. Mais comment, en présence d'une norme législative ou réglementaire moins fiable, plus flou, moins facilement déterminable vont s'articuler les pratiques des juridictions du fond et de la cour de cassation?

M. Lasser¹², à partir d'une analyse critique du système judiciaire français de John Dawson,¹³ a bien analysé dans quelle mesure la forme de l'arrêt de cassation, par son laconisme, sa référence presque exclusive au texte appliqué, a pour but affiché de démontrer "la suprématie du Législateur et la soumission parfaite du juge au pouvoir législatif." Cette "forme rigide" tend pour Dawson à empêcher l'institution judiciaire française d'élaborer des solutions téléologiques, réalistes, pragmatiques. Pour M. Lasser ce portrait officiel est, d'abord, fondé sur des textes fondateurs du rôle du juge.¹⁴ Mais, surtout,

¹² Autoportraits judiciaires: le discours interne et externe de la Cour de Cassation, Mitchel de S. O. L'E. Lasser, in les cahiers de l'IHESI, Langues de justice, p. 28 ets., octobre 1994

¹³ The Oracles of the Law

¹⁴ "Ce portrait officiel se compose de trois éléments de base premièrement, les textes fondamentaux de loi sur le rôle du juge, parmi lesquels je citerais (a) la Loi sur l'Organisation Judiciaire du 16-24 août 1790, qui définit la séparation des pouvoirs, (b) l'article 5 du Code civil, qui prohibe les jugements "par voie de disposition générale ou réglementaire", et (c) l'article 1351 du Code civil, qui établit la relativité de la chose

c'est la forme de l'arrêt civil de cassation qui est, pour lui, l'élément le plus important. M. Lasser constate que l'arrêt "présente une image de sa propre production", un "autoportrait judiciaire". Reprenant Mimin, M. Lasser rappelle qu' "en France, les décisions judiciaires sont coulées dans un moule connu... l'arrêt consiste en une phrase unique, normalement très brève, prenant la forme du syllogisme". Tout laisse à penser que c'est la loi, le code qui engendre de manière "grammaticale, mécanique, presque mathématique" la solution judiciaire. Dans l'arrêt de cassation, pas de débat, pas de discussion.

M. Lasser avait démontré comment "ce portrait officiel ne représentait qu'une image du rôle et de la pratique du juge civil français. Il a effectué cette analyse à partir du contenu des rapports des conseillers rapporteurs et des conclusions des avocats généraux; ces documents qui font partie du débat judiciaire, qui émanent de l'institution judiciaire, mais qui ne se retrouvent pas dans l'arrêt, qui ne sont portés à la connaissance du public qu'avec parcimonie, introduisent les fins sociales du droit, la doctrine, le pragmatisme, l'efficacité, l'équité. Ces documents qui existent, mais en marge, apportent à la jurisprudence une herméneutique, c'est à dire, selon la formule de M. Lasser, "une construction du sens juridique et judiciaire à partir des buts et des fins sociaux". Les observations de M. Lasser ont été pleinement vérifiées par un travail de recherche effectué par M. Frédéric Géa¹⁵; qui a mis en évidence que les discours externes, c'est à dire officiels de la cour de cassation, étaient dialogiques, "la décision judiciaire s'inscrivant dans une chaîne discursive dont elle ne constitue qu'un maillon". M. Géa a, en outre, mis en évidence que les chambres sociales des cours d'appel privilégiaient la justification "interne de la décision" (la loi, la jurisprudence de la Cour de cassation) à la justification "externe" (la cohérence interne du raisonnement, la validité des prémisses normatives, la discussion des arguments de la doctrine).

Il a également confirmé que le discours officieux de la Cour de cassation (à la différence des pratiques des cours d'appel) par les rapports des conseillers rapporteurs et les conclusions des avocats généraux introduisait une construction juridique faite de recherche, de mise en présence des textes, des discours, des arguments, des contraintes de toute sorte, d'analyse des

jugée; deuxièmement, et ceci est très important, l'interprétation et l'application judiciaire de ces textes fondamentaux. Plutôt que de citer les règles jurisprudentielles sur la motivation des jugements, notons tout simplement combien, étant donné ces règles, il est difficile pour l'arrêt français de montrer qu'il existe quelque chose qui s'appelle "la jurisprudence".

¹⁵ "Programme analytique sur l'argumentation judiciaire en droit du travail. La justification de la prémisses normative". Université Nancy 2 CERIT-CRDP Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

conséquences.

Demeure, donc, un discours officiel d'autorité fondé sur un raisonnement discursif et un discours argumentatif interne propre à la Cour de cassation qui ne donne lieu qu'à des divulgations maîtrisées et distillées en direction de l'extérieur.

En présence d'une loi affaiblie dont l'application se révèle parfois aléatoire, dans un contexte économique de plus en plus complexe dans lequel la loi ne pourra pas tout prévoir, se pose avec acuité la question de la possibilité pour un système juridique moderne de demeurer calé sur un discours externe discursif qui laisse les juridictions du fond dans la méconnaissance complète des processus rationnels, des choix qui ont amené à privilégier telle ou telle décision, telle type d'argumentation. Le droit du travail qui n'a plus comme seule dimension téléologique la protection des salariés, introduit de plus en plus des considérations économiques et ne peut s'accommoder qu'avec difficulté de pratiques officielles, discursives, elliptiques, d'autorité.

Ainsi, M. Lasser, tout en admettant que la pratique officielle de la logique discursive avait l'avantage de l'objectivité, incitait l'institution judiciaire française à faire un pas en direction de "l'interprétation herméneutique du droit", à partir de la doctrine, de la jurisprudence, de l'équité, des politiques publiques. Avec M. Géa, citant E. Morin, il y a lieu également de s'interroger sur ce constat: les chambres sociales des cours d'appel et la cour de cassation entretiennent, dans la problématique de la justification normative, des logiques qui "s'opposent et se combattent".¹⁶

¹⁶ La méthode. 6. Ethique, Seuil, 2004, 2006, p 262

