

Compte-rendu de la séance de l'A.F.D.T. du 30 mars 2007, consacrée à la recodification du droit du travail

Par une ordonnance du 12 mars 2007, n° 2007-329 (JO du 13 mars 2007), le gouvernement français vient d'adopter un nouveau texte dont l'objet est de remplacer l'actuel Code du travail. On se souvient que par une loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, ce gouvernement avait été habilité par le Parlement à adapter « *les parties législatives du Code du travail, afin d'inclure les dispositions de nature législatives qui n'ont pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification* », et cela par voie d'ordonnance. Les échéances électorales de l'année 2007 semblent avoir justifiées l'accélération du processus de recodification. Ainsi, le nouveau code entrera en vigueur à compter de la parution de la partie réglementaire (qui n'est donc toujours pas prête), au plus tard le 1^{er} mars 2008.

L'ambition de cette recodification était, semble-t-il, celle d'une opération à « droit constant », c'est-à-dire d'une modification de la structure des textes, des intitulés, du plan, ou encore de la numérotation, sans qu'en principe la teneur du droit en soit affectée. Une partie de la doctrine doute cependant de la possibilité d'une telle ambition (Voir notamment, H. MOYSAN, « Le droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail », *JCP S.* 2007, n° 185). Apparaissent depuis lors des analyses du nouveau Code (Ainsi, A. Fabre et M. Grévy, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *Rev. de Droit du Trav.* 2006, n° 12, p. 363 ; J. Barthélémy, « Recodifier : pourquoi ? comment ? », *JCP S* 2007, n° 12, p. 3 ; B. Teyssié, « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP S* 2007, n° 12, p. 5 ; *SSL*, n° 1296, p. 2 ; *SSL*, n° 1300, p. 4), tandis que les critiques commencent à apparaître (E. Dockès, « La décodification du droit du travail », *Dr. Soc.* 2007, n° 4, p. 388).

L'Association Française de Droit du travail ne pouvait manquer d'analyser et de discuter cette recodification. Tel a été l'objet de la séance du 30 mars 2007, qui s'est tenue à la Maison des avocats à Paris. On attendait les protagonistes de la recodification, notamment du côté gouvernemental. Cependant, la période préélectorale a justifié l'absence de ses représentants (notamment celle M. J.-D. Combrexelle, Directeur du travail). La séance n'en a pour autant été moins riche, nombre de représentants syndicaux étant présents. Il a été question de la forme et du fond de cette recodification.

1. Sur la manière

Premier intervenant, **M. Ph. MASSON** (Responsable du service juridique et des activités droits et libertés au sein de la CGT, et membre de la commission de recodification) a souligné que jamais les justifications, les résultats attendus, ni l'ambition d'une telle opération n'ont été mis en discussion devant les partenaires sociaux. Les contraintes d'une codification à « droit constant » en vue de la « simplification » du droit du travail ont en effet été imposées par le gouvernement. De surcroît, il a résulté de ces contraintes une contradiction interne quasi-insurmontable : comment en effet assurer la simplification d'un droit (c'est-à-dire nécessairement une certaine modification de son contenu dit complexe), à « droit constant » (c'est-à-dire sans modification de sa substance, si tant est qu'il en ait une)? Surtout, quels sont les éléments qui permettent de dire que le droit du travail actuel est complexe et que cette complexité résulte du Code ? Difficile de répondre, selon l'intervenant. Pour terminer sur cet aspect formel, M. Masson a rappelé que les délégués syndicaux connaissaient extrêmement bien le code actuel et qu'une modification de sa structure risque de nuire à leur travail, à tout le moins de le compliquer sérieusement.

Dans une même perspective, **M. A. FABRE** (Membre de la commission de recodification pour le compte de la CFE-CGC) a tenu à préciser que les participants à la commission n'ont pas eu les règles du jeu préalables à l'écriture de ce Code. Notamment, le gouvernement a, de manière quasi-systématique, proposé à ces participants les projets d'articles ou de dispositions dans un délai très court (souvent du jour au lendemain).

Moins critique, **M. D. CAUCHOIS** (Responsable du service juridique de la CFDT) a rappelé que la participation de son syndicat à la commission était soumise à deux exigences : d'une part, la recodification devait se faire à « droit constant », et, d'autre part, la participation des syndicats ne devait en aucun cas servir au gouvernement de justification, ou de caution morale, à un mauvais texte. En fait, la CFDT éviter le risque d'une fausse concertation. Au final, il semble qu'il y ait eu une vraie concertation, même si le résultat de celle-ci n'est peut-être pas plus lisible que l'actuel Code du travail.

Enfin, **M. P. QUENTIN** (Conseiller d'Etat et rapporteur de l'Ordonnance du 12 mars 2007 devant le Conseil d'Etat) a remarqué que l'inquiétude relative à cette recodification était finalement identique à celle de 1973, lors de la précédente recodification du droit du travail. Pourtant, le temps a fait son œuvre et l'ancienne recodification (dont le code actuel est le produit) n'a finalement pas été aussi néfaste que certains l'affirmaient alors. Pour le

Conseiller, c'est surtout le vieillissement du code qui semble avoir justifié l'action gouvernementale. Mais, cette remarque vaut certainement pour toute opération de recodification.

2. Sur le fond

M. A. JEAMMAUD (Professeur en droit du travail et Président de l'AFDT) a ouvert cette seconde partie en soulignant quelques-uns des problèmes de cohérence et d'interprétation posés par le nouveau texte. De manière générale, sur le champ d'application du nouveau code, le texte vise les « *employeurs de droit privé* » ainsi que « *le personnel public soumis au droit privé* ». Cependant, il est acquis que la juridiction administrative, notamment le Conseil d'Etat, applique parfois certains principes issus du droit du travail aux agents de droit public. Il sera donc nécessaire de préciser ce point. En outre, prenant exemple de l'article L. 120-2 de l'actuel code qui, dans le nouveau texte, est placé sous l'intitulé « relations individuelles », M. Jeammaud a précisé que la teneur du principe posé par cet article intéresse aussi bien les relations individuelles que collectives ou professionnelles. Cet exemple illustre, s'il en était besoin, les limites de la distinction entre « relations individuelles » et « relations collectives ». **M. J.-M. VERDIER** (Professeur émérite en droit du travail) s'est d'ailleurs ému de cette dichotomie, dont il s'est déclaré « navré », car le droit du travail est né de la considération que tout le collectif imprègne les relations individuelles. Selon lui, le nouveau texte constitue donc un grand retour en arrière.

M. A. LYON-CAEN (Professeur en droit du travail) s'est quant à lui interrogé sur la terminologie et la structure de l'actuel code. Selon lui, le Code du travail tel qu'issu de la rédaction de 1973 avait admis un certain chaos qui a permis nombre d'interprétations judiciaires inventives (et notamment l'extension de certains principes issus du droit du travail aux agents de droit public). Le chaos n'est donc pas toujours source d'incertitude, si tant est qu'il puisse y avoir des certitudes en droit, science de l'interprétation. Sur le fond, M. A. Lyon-Caen a prolongé la remarque faite par M. Jeammaud. Prenant exemple du principe de non-discrimination, placé dans le nouveau texte dans la partie consacrée aux relations individuelles travail, il a souligné l'incohérence et l'imprécision d'une telle architecture : ce principe irrigue en effet toute la relation de travail, aussi bien dans sa dimension individuelle que collective.

Toujours sur cette dichotomie, **M. Ph. MASSON** a posé quelques questions fortes relatives au nouveau régime du licenciement pour motif économique (placé sous le titre du licenciement individuel) : faut-il par exemple envisager l'action des syndicats en cette matière comme un mode de gestion et de contrôle de l'action patronale ou bien, comme le laisse à penser la nouvelle structure, comme un simple frein aux dégâts sociaux les plus criants causés par ce type de licenciement ? Et que penser la dissociation entre les dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi et celles consacrées à la gestion prévisionnelle des emplois ? Selon M. Masson, on voit bien ici l'illusion que constitue une codification à droit constant et le caractère éminemment politique de la structure et du plan d'un code.

Me H. MASSE-DESSEN (Avocate au Conseil et à la Cour de cassation) a mis l'accent sur les problèmes d'interprétation posés par toute nouvelle codification. Elle a d'ailleurs remarqué qu'ils se posaient en toute matière, non seulement en droit du travail. Ainsi, après la recodification de 1973, si les praticiens ont conservé un certain temps les anciens codes, rapidement les principes antérieurement dégagés ont été oubliés. Me Masse a donc plaidé pour que soient mises en lumière, et cela très rapidement, les questions juridiques fondamentales qui sous-tendent aussi bien l'ancien code que le nouveau.

Sur ce point, le **Conseiller CHAGNY** (Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation) a précisé que, comme pour toute recodification à droit constant, les juges vont se référer aux principes dégagés antérieurement par la jurisprudence et maintenir ainsi la continuité et l'unité d'interprétation indispensable à une recodification à « droit constant ». Sur le problème du champ d'application du droit du travail, il a rappelé que le Conseil d'Etat n'applique pas en tant que tel le droit du travail, mais les principes généraux issus du droit du

travail, ce qui devrait couper court à toute tentative de limitation de l'application du droit du travail aux rapports de droit privé.

On le voit, le risque majeur qui accompagne toute recodification à « droit constant » est celui d'un changement, même implicite, dans la teneur du droit. Cela tient certainement à l'opération de recodification qui, nécessairement, implique quelques changements, sauf à paraître inutile. Mais cela tient également à la nature du droit. Le texte juridique est toujours le support d'une interprétation, celle-ci constituant finalement la substance même du droit. Dès lors, tout est affaire d'interprétation plus que de texte. On peut envisager, suivant le Conseiller Chagny, que les changements intervenus dans la structure du code, dans les textes ou la numérotation, seront sans incidence sur l'interprétation donnée antérieurement, notamment par les magistrats de la Cour de cassation. Alors la codification sera à « droit constant ». Cependant, il n'est pas à exclure que, prétexte pris de la recodification, les juges modifient l'interprétation de certaines dispositions. C'est alors le droit du travail qui changera. Seul l'avenir nous le dira.