

### LE CODE DU TRAVAIL FRANÇAIS : UN "BOOK" EMISSAIRE ?

<b>Editorial</b> .....	1
<b>Jurisprudence</b> .....	2
• Relations individuelles du travail .....	2
• Relations collectives de travail .....	5

#### éditorial

Alain Coeuret  
Of Counsel

Dès longtemps, notre Code du travail fait l'objet de nombreuses critiques. On reconnaîtra bien volontiers que "l'intéressé" n'a jamais eu l'allure de son lointain cousin, le Code civil de 1804, de haut lignage celui-ci, porteur de règles alignées au cordeau, tel un jardin à la française. Mais faut-il vraiment tant de noblesse..? Commençons par le commencement. Après une période initiale de gestation où il n'était que compilation gravement incomplète des lois sociales d'alors, le Code du travail fit l'objet en 1973 d'une première vraie tentative de regroupement des règles issues de l'activité législative et réglementaire. C'est à cette occasion que le fameux article 23 alinéa 8 devint, par le jeu de la méthode décimale, le L 122-12 lequel allait plus tard se transformer en L 1224-1.

Cependant, une telle œuvre ne devait pas suffire pour apaiser les critiques. Au fil du temps, celles-ci se faisaient plus globales et plus frontales allant jusqu'à la remise en cause de l'idée même d'une codification dans ce secteur particulier du droit. C'est au début des années 2000 que certains, cédant en cela à un symbolisme juridique diversement apprécié, ont nourri le projet de conduire "le petit livre rouge" au bûcher, comme jadis l'on fit de l'hérétique. Mais une chose était "de brûler le Code du travail", une autre de savoir quoi faire de ses cendres, dignes pour certains d'entrée au Panthéon et pour d'autres au contraire vouées à la fosse commune. Quelques années plus tard, le Rapport de Vireville s'en prenait lui aussi au Code en titrant : "Pour un Code du travail plus efficace" tout en en remettant pas directement en cause, il faut l'observer, son rôle de gardien de l'omniprésence de la loi dans les rapports de travail. Toutefois, dans le même temps, les critiques devenaient plus précises en termes de légistique. On disait le Code victime de l'inflation de lois mal écrites et instables ainsi que de renvois obscurs, quand ce n'était pas de l'allongement démesuré de certaines dispositions ou, à l'envers, de la ramification excessive de certaines numérotations.

D'où la décision des pouvoirs publics d'entamer une seconde recodification visant à mettre de l'ordre dans cet ensemble normatif passablement confus et à mieux satisfaire ce faisant, le principe de sécurité juridique sur lequel tout citoyen dans ses rapport avec la loi doit pouvoir compter. Malgré de louables efforts, ce "travail de romain" qui débuta avec l'ordonnance du 12 mars 2007 et s'acheva avec la loi du 21 janvier 2008, ne donna pas un résultat pleinement satisfaisant. Comment l'aurait-il pu dès lors que, renonçant à saisir cette occasion pour simplifier l'ouvrage et modérer son rôle, on se contentait d'opérer une recodification "à droit constant" consistant à reproduire scrupuleusement un entremêlement de règles et de principes assortis d'exceptions, de redondances et de renvois ?

Porteur d'une approche critique plus feutrée à l'endroit du Code, le très récent rapport Combrexelle décoche lui-même des flèches à un corpus qui n'en finit pas de grossir par l'adjonction de nouvelles dispositions législatives et réglementaires, dont celles issues des lois Macron et Rebsamen, ainsi que de la kyrielle de leurs décrets d'application, ne sont pas les moindres. Le propos se veut cependant plus constructif que par le passé. Parmi les 44 propositions qui figurent dans ce rapport, il en est une qui montre, par sa radicalité, qu'il n'est plus possible de continuer dans la voie suivie jusqu'à présent, c'est-à-dire celle de l'empilement des dispositions nouvelles sans aucun égard pour la place que cela prend ni pour les ébranlements générés dans la cohérence des normes d'accueil.

La proposition n° 25 énonce en effet ceci : "Application du principe selon lequel toute disposition nouvelle du Code du travail doit être gagée par l'abrogation d'une disposition devenue obsolète du même code". Toutefois il est assez apparent que si une telle proposition n'était pas adossée aux 43 autres, des craintes légitimes pourraient se faire jour quant à l'effectivité d'un tel changement d'approche.

En effet, relever que la forme est déplorable et que l'embonpoint menace l'équilibre de l'édifice, n'incrimine pas tant les rédacteurs du Code, prélevés dans les meilleurs bataillons du Ministère du travail, que le législateur lui-même qui, jouant sans cesse l'hétéronomie contre l'autonomie, entend tout dire et tout régir. Conscient de l'obsolescence d'une telle posture normative, le rapport Combrexelle a, au moins implicitement, repris à son compte l'aphorisme doctrinal selon lequel "le droit du travail est plus grand que le Code du travail et le sera toujours davantage".

L'idée est considérable. Elle ne veut pas seulement dire qu'en dépit de tous les efforts de recodification, il existe et existera toujours des dispositions non codifiées. Elle signifie plus fondamentalement qu'on doit compter sur d'autres sources que la loi, au premier rang desquelles figure la source conventionnelle. Il est bien là le véritable enjeu d'une modernisation du droit du travail français et par voie de conséquence, d'une réconciliation des juristes travaillistes avec leur code, lequel si l'on suit une autre proposition du rapport Combrexelle (proposition n° 25) ferait alors l'objet à moyen terme, c'est-à-dire dans un délai maximal de 4 ans, d'une "nouvelle architecture faisant le partage entre les dispositions impératives, le renvoi à la négociation collective et les dispositions supplétives en l'absence d'accord".

Il est certain que si une telle directive parvenait à s'imposer l'image doctrinale du Code du travail s'en trouverait grandement améliorée. Ce dernier apparaîtrait, dans une forme simplifiée, comme porteur du "noyau dur" d'un droit qui aurait cessé d'exprimer aussi nettement qu'avant la méfiance de l'Etat pour les solutions adoptées par les partenaires sociaux. Cependant, dans notre pays, on a bien souvent recours à des commissions ou à de vertueux rapports pour se donner bonne conscience face à un problème dont le traitement nécessiterait une approche plus chirurgicale. Aussi bien, il faut "attendre et voir"...

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles du Travail

#### **La période d'essai refoule la qualification de licenciement (cass. soc. 16 septembre 2015 n° 14-16713)**

Nouvelle illustration de l'autonomie juridique de la période d'essai par rapport au contrat de travail lui-même, l'arrêt analysé porte plus spécialement sur l'hypothèse de l'inobservation d'un délai de prévenance ou de préavis conventionnel. Il résulte déjà d'une abondante jurisprudence qu'en cas de rupture de la période d'essai, le non-respect du délai de prévenance légal n'est pas sanctionné par la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur doit seulement verser au salarié le salaire et les avantages correspondant à la part du délai de prévenance non observée, excepté en cas faute grave (C. trav. Art. L 1991-25 al. 3 issu de l'ord. n° 2014-699 du 26 juin 2014). Il est exclu en

revanche de prolonger la période d'essai au-delà de son terme initial pour permettre l'exécution complète de ce délai de prévenance, ce, en raison de ce que la poursuite de la relation après le terme de l'essai fait naître un nouveau contrat qui ne peut être rompu que par le licenciement (cass. Soc. 5 novembre 2014 n° 13-18114). En l'espèce, au délai de prévenance légal s'ajoutait un délai de préavis prévu par la convention collective qui prenait fin au-delà du terme initial de la période d'essai. Bien que l'employeur ait pris soin d'indiquer au salarié qu'il le dispensait de préavis tout en rémunérant l'ensemble de la période d'essai, les juges de fond avaient considéré que la rupture devait s'analyser comme un licenciement non causé puisque la rupture était intervenue après le terme de l'essai. Leur décision est cassée pour la raison qu'il n'y avait rien de critiquable en droit dans le comportement de l'employeur qui avait bien mis fin à l'essai avant son terme et versé au salarié la rémunération correspondant à la période de préavis non exécutée y inclus le délai de prévenance légal. On dispose là d'un exposé clair du modus operandi qu'il convient de suivre pour ne pas supporter le surcoût qu'engendrerait une décision de renonciation à embaucher mal maîtrisée.

#### **Un arrêt "stupéfiant" ? (Cour administrative d'appel de Marseille, 7ème chambre, 21 août 2015 (n° 14MA02413))**

L'importance du rôle joué par le juge administratif dans l'application des règles du droit du travail n'est plus à souligner. Il est parfois traditionnel, lorsque, comme en l'espèce, il intervient sur recours de l'employeur contre une décision d'un inspecteur du travail lui ayant enjoint de modifier la clause du règlement intérieur de l'entreprise prévoyant le recours à des tests salivaires dans le but de dépister une éventuelle consommation de drogue par les salariés. L'inspecteur avait en effet estimé que les termes de cette clause n'étaient pas conformes aux articles L 1191-1 et L 1321-3 du Code du travail qui nécessitent qu'un tel dispositif de contrôle soit justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Or, en prévoyant que les tests pouvaient être pratiqués directement par le supérieur hiérarchique et donner lieu, en cas de résultat positif, à une sanction disciplinaire à l'encontre des salariés contrôlés pouvant aller jusqu'au licenciement, le règlement intérieur n'était plus conforme aux exigences du Code du travail.

Le juge d'appel approuve cette position, mais sans aller jusqu'à considérer que les tests sont assimilables à des examens biologiques au sens du Code de la santé publique. Il estime que seul un médecin peut les pratiquer et en interpréter le résultat. En outre, la Cour estime que la perspective de poursuites disciplinaires porte nécessairement atteinte au secret médical puisque le professionnel de santé aura dû communiquer à l'employeur les résultats du test, ce à quoi s'ajoute l'absence de fiabilité du test en l'état des techniques disponibles et des interférences médicamenteuses. Il n'empêche que, compte tenu de l'augmentation régulière de la consommation de drogues dans l'entreprise, se pose, après cet arrêt, la question de savoir comment un chef d'entreprise, inquiet des conséquences dommageables d'une telle consommation spécialement par les titulaires de postes réputés "sensibles", ce qui était précisément le cas dans la présente affaire, peut s'organiser face à ce nouveau fléau sans porter une atteinte disproportionnée aux droits des personnes. La solution est ici beaucoup plus inconfortable pour lui qu'en matière de contrôle de l'alcoolémie par éthylotest, lequel peut parfaitement être pratiqué par la hiérarchie de l'entreprise. Pourtant, si un dommage corporel survient par le consommateur de drogue lui-même ou par l'un de ses collègues de travail, il est peu douteux qu'un autre juge, judiciaire celui-ci, considèrera que l'obligation patronale de sécurité est violée avec toutes les conséquences que cela engendre !

#### **Rupture conventionnelle : le partage des tâches (cass. soc. 16 septembre 2015 deux arrêts n° 14-1383 et 14-10291)**

La faveur accordée à ce mode de rupture du contrat de travail n'est plus à souligner. Néanmoins, par-delà ce succès, un contentieux existe qui va souvent jusqu'à mobiliser les juges du second degré puis la Cour de cassation. Le premier arrêt analysé s'efforce de limiter

ce flux judiciaire en indiquant plus explicitement qu'auparavant que la principale voie de contestation d'une rupture conventionnelle, celle des vices du consentement, doit revenir à la seule appréciation des juges du fond désormais souverains sur cette question. C'est donc au plus tard devant la Cour d'appel que de débat doit avoir lieu sans que l'une ou l'autre des parties au litige puisse le rouvrir à l'occasion d'un pourvoi. L'issue du litige tournera souvent à l'avantage du salarié. Mais il ne sera plus possible de tenter en cassation une ultime défense au motif que, comme en l'espèce, les éléments relevés par les juges du second degré ne suffisent pas à caractériser l'existence de manœuvres ou de menaces ayant vicié le consentement de l'autre partie. Ce principe de l'appréciation souveraine des juges du fond avait déjà été affirmé à l'occasion de plusieurs arrêts (cass. Soc. 3 juillet 2013 n° 12-19268 ; soc. 9 juin 2015 n° 14-10192). On peut comprendre que la Cour régulatrice le fasse jouer à propos précisément d'un mode de rupture conventionnelle qui a fait ses preuves et ne paraît pas fragiliser gravement les intérêts de la "partie faible" au contrat de travail.

Néanmoins, l'exclusion sans nuance du recours en cassation fait porter une responsabilité particulière sur les juridictions du fond dans le maniement d'une sanction civile radicale qui est celle de la nullité de l'acte juridique "infesté" d'un vice ! Quant au second arrêt du même jour, il porte sur une question de moindre portée mais qui replace la rupture conventionnelle dans l'ensemble plus vaste des modes de rupture du contrat à l'initiative du salarié, à commencer par la démission. Il est acquis que la rétractation d'une démission par son auteur ne peut produire effet qu'à la condition d'avoir été acceptée par l'employeur (cass. Soc. 18 juillet 2000 n° 98-41033). Sur cette base la Cour de cassation a admis que lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice, par l'une ou l'autre des parties, de son droit à résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue (cass. Soc. 3 mars 2012 n° 13-20549). Si la solution confère à la rupture conventionnelle un maximum de puissance juridique, elle se heurte cependant à une limite qui est inhérente à la notion de renonciation laquelle suppose de la part de son auteur une expression de volonté irrévocable. Or, le simple fait, de la part de l'employeur, de convoquer le salarié à un entretien en vue de la rupture conventionnelle ne peut valoir renonciation à invoquer la démission précédemment intervenue. Seule la signature de ladite rupture permet de concrétiser l'acceptation par l'employeur de la rétractation de la démission, ce qui, en l'espèce, bloquait toute action en résiliation judiciaire ultérieure de la part du salarié.

#### **Où il est encore question de l'entretien préalable au licenciement (cass. soc. 16 septembre 2015 n° 14-10325)**

Dans une matière dont les règles sont en général très rapidement frappées d'obsolescence, la référence à une jurisprudence datant de l'année 1987 fait figure de curiosité. C'est bien cependant aussi haut dans le passé du droit du travail qu'il faut remonter pour appréhender les origines du débat relatif à la sanction civile applicable au non-respect de la formalité de l'entretien préalable au licenciement individuel de droit commun, tel que la loi du 25 janvier 1973 l'a mis en place. Le 16 décembre 1987, en effet, la Cour de cassation énonçait pour la première fois que l'absence d'entretien préalable au licenciement n'affecte pas la cause réelle est sérieuse de la rupture (n° 85-41758). Autrement dit la Haute juridiction choisissait, après avoir un temps hésité, de ne pas faire de l'entretien (tel qu'il est aujourd'hui défini par le Code du travail) une formalité substantielle dont l'irrégularité trouverait sa sanction dans ce qui se rapporte au traitement des vices de fond, en l'occurrence le défaut de réalité ou de sérieux de la cause légitimant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur. D'aucuns avaient soutenus que, dans l'esprit du législateur de 1973, l'entretien paraissait avoir plus d'importance (peut-être parce qu'il incarne déjà, en amont de tout procès, le principe du contradictoire) que la notification écrite des motifs de licenciement, formalité dont cependant l'inaccomplissement conduira au contraire, la jurisprudence à priver la rupture de toute légitimité. Même si pour la Cour de cassation "les jeux sont faits", la conviction ne semble pas partagée par l'ensemble des juges du travail, lesquels parfois, comme en l'espèce commentés, tentent de rouvrir le débat par le biais d'une hypothèse plus sophistiquée,

en l'occurrence celle du licenciement de substitution que l'employeur peut prononcer lorsque le salarié a exercé son droit au refus d'une rétrogradation disciplinaire emportant modification du contrat de travail. Dans un tel cas, il est de jurisprudence constante que l'employeur organise un nouvel entretien préalable et ce, dans les deux mois suivant le refus exprimé par le salarié, afin d'interrompre le délai de prescription des faits fautifs qui aura commencé à courir à compter de ce refus (cass. Soc. 28 avril 2011 n° 09-70619 ; soc. 15 janvier 2013 n° 11-28109). Mais que décider si ce nouvel entretien n'a pas lieu ? Cela ne dévoile-t-il pas une carence de l'employeur moins excusable surtout si le licenciement est fondé sur une faute grave ? La Cour d'appel l'avait pensé qui avait jugé que la rupture était de ce seul fait sans cause réelle et sérieuse. Son arrêt est cassé assez sèchement comme toutes les fois que les juges du fond défient la Cour régulatrice. Il ne faut cependant point en déduire qu'il y aurait ici manifestation d'une mansuétude particulière pour l'employeur, mansuétude bien peu explicable au regard de l'ensemble des solutions qui prévalent en jurisprudence. Il n'est que de songer à la situation voisine où l'employeur, après avoir organisé le second entretien, ne respecte pas le délai maximum d'un mois durant lequel le licenciement doit être notifié. La sanction est alors sans conteste celle du défaut de cause réelle et sérieuse (cass. Soc. 16 mars 1995 n° 90-41213).

## Relations Collectives de Travail

### **Elections professionnelles : le sacré et le profane (cass. soc. 30 septembre 2015 n° 14-25925)**

La signature de la liste d'émargement des élections par les membres du bureau de vote est une exigence transposée par la jurisprudence du droit des élections politiques (C. électoral art. R 62) aux élections dans l'entreprise ce, dans le cadre d'une directive légale qui prescrit de soumettre les modalités d'organisation et le déroulement des opérations électorales : "aux principes généraux du droit électoral" (cf C. trav. Art. L 2314-23 par les DP et L 2324-1 pour les CE). La question qui se posait en l'espèce était de savoir quelle conséquence tirer du non-respect d'une telle formalité et plus particulièrement si l'on doit opter pour une annulation automatique de l'ensemble du scrutin ou laisser le juge saisi de l'irrégularité apprécier l'influence qu'elle a exercée sur les résultats avant de prononcer une telle sanction. La réponse de la Cour de cassation est catégorique, la nullité s'impose au juge car il y a eu atteinte au principe de sincérité des opérations électorales. Ainsi se confirme qu'il existe pour les élections professionnelles d'entreprise deux catégories d'irrégularités, les plus graves, parce qu'elles sont susceptibles de dissimuler une fraude en l'occurrence le "bourrage des urnes" ne souffrant pas que même un juge spécialisé puisse s'interroger sur l'opportunité de valider ou non les élections au cours desquelles elles ont été commises.

### **"Survie" du statut protecteur (cass. soc. 23 septembre 2015 n° 14-10648)**

En matière de protection des représentants du personnel contre le licenciement et les mesures assimilées, l'écoulement du temps revêt une grande importance car à supposer que l'intéressé n'occupe plus aucun mandat, la procédure spéciale d'autorisation administrative préalable cesse de s'imposer à l'employeur une fois expirée la période légale aujourd'hui unifiée quel que soit le type de fonctions assurées par l'intéressé. Cependant, cette érosion de la protection connaît une atténuation importante qui résulte non de la loi mais de la jurisprudence aux termes de laquelle il n'est pas possible de motiver un licenciement postérieur à l'expiration de la période légale de protection par des faits déjà invoqués devant l'autorité administrative et qui ont donné lieu à une décision de refus d'autorisation (voir déjà en ce sens cass. Soc. 19 décembre 2010 ; cass. Soc. 3 juillet 2003 n° 00-44625). Il ne faut pas y voir une application du principe non bis in idem, car ici il ne s'agit pas d'écarter une seconde sanction, la situation supposant au contraire que le pouvoir disciplinaire de l'employeur n'ait pas pu aboutir à faire sanctionner le salarié protégé.

Il n'empêche que tout se passe comme si la sanction disciplinaire visant à punir les mêmes faits ne pouvait pas s'appliquer quand bien même le comportement du salarié se renouvellerait dans le temps. Si néanmoins l'employeur passe outre à cette interdiction prétorienne, le salarié ne pourra prétendre à la nullité de la sanction et donc à sa réintégration. En effet la base légale d'une telle remise en l'état fait défaut puisqu'au moment où la mesure est prise aucune autorité administrative n'est plus compétente pour se prononcer sur le licenciement. Celui-ci ne déclenchera donc que la sanction du défaut de cause réelle et sérieuse dont l'aspect indemnitaire constituera l'essentiel (cass. Soc. 27 octobre 1998 n° 96-40880). Il y a cependant une exception au déclenchement du régime de droit commun de la rupture du contrat de travail. Elle se présente lorsque les motifs invoqués au soutien de la demande d'autorisation de licenciement refusée sont apparus à l'époque en lien avec le mandat détenu par le salarié de telle sorte que le licenciement prononcé ensuite, à l'expiration de la période de protection pour les mêmes raisons, prend un caractère discriminatoire puisque décidé en considération des fonctions représentatives. C'est alors la nullité de ce second licenciement qui s'impose avec son corollaire, la réintégration obligatoire pour l'employeur (cass. Soc. 9 juillet 2014 n° 13-16434).

En l'espèce, au sein d'une société spécialisée dans la réparation et la maintenance d'aéronefs, un salarié engagé en tant que "monteur équipements" et titulaire par ailleurs d'un mandat de délégué syndical avait, de manière réitérée, refusé d'exécuter des tâches de manutention de fauteuils d'avion. Estimant que ce refus constituait une faute, l'employeur avait, à deux reprises, sollicité de l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier le salarié, lesquelles lui ont été à chaque fois refusées. L'autorité administrative considérait en effet que les tâches demandées par l'employeur n'étaient pas inhérentes au contrat de travail, de sorte qu'il s'agissait d'une modification du contrat que le salarié était en droit de refuser. Les choses auraient pu en rester là mais la partie patronale avait un "esprit de suite". Elle laissa s'écouler la période de protection légale et licencia le salarié, redevenu "ordinaire", pour faute grave résidant dans le refus desdites tâches considérées par elle comme accessoires des fonctions. La qualification des obligations contractuelles qu'il convenait d'opérer n'était sans doute pas si évidente puisque la Cour d'appel avait estimé que l'employeur n'avait ni modifié le contrat de travail ni même changé les conditions de travail dont on sait qu'elles ne doivent pas être perturbées durant l'exercice du mandat représentatif. Mais la Cour de cassation n'a pas suivi le même raisonnement. L'argument de la fraude au statut est évidemment en filigrane dans cette analyse, encore que la Haute juridiction laisse d'ordinaire cette question aux juges du fond. Plus prosaïquement, on retiendra que la solution jurisprudentielle ainsi consacrée est faite pour dissuader l'employeur de "mettre en réserve" le motif ainsi débattu, dans l'espoir qu'avec le temps il deviendrait pleinement utilisable.

---

## CONTACTS

**BAUDOIN DE MOUCHERON**  
moucheron@gide.com

**AURELIEN BOULANGER**  
boulanger@gide.com

**DAVID JONIN**  
jonin@gide.com

**FOULQUES DE ROSTOLAN**  
rostolan@gide.com

**FRANÇOIS VERGNE**  
f.vergne@gide.com

**GUILAUME NAVARRO**  
navarro@gide.com

**ALAIN COEURET**  
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : [gide.com](http://gide.com)

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).