

Introduction au Droit.

Cours de M. Stéphane BRENA.
TD de M. Sophiane BEN ALI.

Séance 2 : Fondement de la règle de droit. La codification. Les divisions du droit

1) **Raymond Martin, avocat honoraire, « Le droit en branches », *Recueil Dalloz*, 2002, Chroniques p. 1703 (doc. 1)**

1 - Depuis que je pense le Droit - je l'ai pratiqué longtemps sans y penser - j'ai vu proclamer deux « branches » nouvelles : le droit économique et plus récemment le droit de la régulation. Le premier me fut révélé par G. Farjat vers 1970¹ ; le second plus récemment par un texte « fondateur » de M.-A. Frison-Roche paru au *Recueil Dalloz* de l'année 2001, daté du 15 févr. 2001², repris et bousculé par L. Boy et son groupe de recherche de Nice, sous le titre « Réflexions sur le droit de régulation (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) »³. On aurait pu flanquer ces deux branches de « l'économie du droit » si l'idée n'en avait pas germé chez les économistes, au surplus américains. Cette discipline se devine à l'arrière-plan et elle ne peut rester étrangère à la pensée du juriste⁴. Pourrait-elle devenir une branche du droit, comme d'autres possibles ? Car ce qui me frappe d'abord dans cette devanture doctrinale, c'est que d'autres branches n'aient pas été mises en évidence : le droit des affaires (note 2) dont le titre est utilisé couramment, le droit communautaire, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, celui de la consommation, de l'environnement, et j'en oublie tout aussi dignes du titre. La cause doit en être dans l'imprécision de la notion de « branche du droit », si bien que l'élection comporte une part de hasard ; il faut que la branche rencontre un arboriculteur de talent et de renom qui la remarque et en fait la promotion. Une première interrogation doit donc

¹ La 1^{re} édition de « Droit économique », PUF, coll. Thémis, porte le millésime 1971, la 2^e édition, très enrichie, a été publiée en 1982.

² Il figure dans la partie « Cahier du droit des affaires », p. 610. Ce « droit des affaires » n'a pas fait, à ce jour, l'objet d'une consécration doctrinale à la dignité de branche.

³ D. (même cahier) 2001, p. 3031.

⁴ Le Premier président de la Cour de cassation, G. Ganivet, y fait allusion dans une étude parue au JCP 2001, I, n° 361 : « Economie de la justice et procès équitable ». L'économie de la justice tourne parfois à l'avarice dans le minimum imposé par la Convention EDH.

porter sur cette notion elle-même, sa façon d'exister et sa pertinence. Après quoi il sera loisible de jeter un regard particulier sur l'une et l'autre des deux branches proposées. J'endosse ce faisant le rôle du Huron, ce qui me fera beaucoup pardonner⁵.

I - De la branche du droit

2 - Le droit, comme corps de règles, est traditionnellement divisé en branches ; rien de nouveau à cela. A la vérité notre droit national a d'abord deux troncs : le privé et le public. Cette division provient d'une histoire relativement récente. Le droit d'origine est privé, octroyé à ses sujets par le Prince. Ce que nous appelons maintenant droit constitutionnel ressortit alors à la politique. Il n'est devenu complètement droit qu'avec l'apparition du juge constitutionnel, événement contemporain. Le droit administratif se confond avec l'affirmation progressive du Conseil d'Etat au cours d'une sécrétion empirique. La procédure des juridictions administratives est maintenant pénétrée par le règlement. Ce droit est presque au point d'achèvement ce qui ne justifie plus la séparation des deux ordres. Il faudra bien qu'un jour ils soient réunis sous la houlette d'un même juge. D'autant que sur le plan de la pratique droit privé et droit public s'entrecroisent de plus en plus⁶. Un des problèmes spécifiques tant du droit économique que du droit de la régulation est justement l'entrecroisement des deux ordres.

3 - La division en branches est d'abord une façon d'ordonner la matière. Elle a un intérêt didactique et dogmatique, invention de professeurs, la table analytique, la répartition des cours pour l'étudiant⁷, invention du juge, une façon de distribuer les affaires par chambres d'un tribunal, invention de l'avocat, une liste de spécialisations. A ce niveau, cette division n'a aucun contenu scientifique et elle est instable. Mais les fondateurs des branches nouvelles ne se satisfont pas d'une vue aussi vulgaire ; pour eux la branche de droit doit présenter une cohérence matérielle pouvant servir d'objet à une étude de type scientifique. M.-A. Frison-Roche l'exprime ainsi qu'il suit : « Si un sens commun peut réunir des manifestations juridiques éparses, si une cohérence les articule entre elles, si des institutions spécifiques apparaissent, alors il faut aller plus loin et soutenir qu'une branche du droit est constituée ».

4 - Je mets en doute la cohérence *a priori* du concept. A quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche ? Quand y a-t-il branche principale ou branchillon secondaire ? A quel moment le rameau devient-il feuille ? Prenons l'exemple, on ne peut plus classique, du droit des biens. On nous dira immédiatement qu'il faut distinguer meubles et immeubles. Gardons les immeubles : la copropriété est-elle une branche autonome ? et le droit de la construction (immeuble collectif ou maison individuelle), et celui de la promotion immobilière qui le recouvre et y ajoute la commercialisation. De là on glisse vers le droit des sociétés, de l'assurance, du crédit, voire de la consommation. Nous voici bien loin de la propriété et de ses démembrements. Quel groupe de règles haussera-t-on à la dignité de branche du droit ? Sur quel critère ? L'entreprise est improbable. C'est avec ce concept

⁵ M.-A. Frison-Roche avertit *in limine* son lecteur que pour la clarté du propos et les impératifs du volume, le présent article ne comprend pas de notes d'érudition et de références plus précises au droit positif, mais qu'elle les donnera ailleurs. Je m'empare pour mon usage de cette déclaration, en la renforçant encore, et je ne prévois pas pour ma part un ailleurs. L. Boy donne quelques références sans se départir d'un esprit d'économie.

⁶ M.-A. Frison-Roche le souligne à juste titre.

⁷ G. Farjat dans son traité précité, note 1, donne un inventaire des branches tant du droit privé que du droit public.

introuvable que je pars à la recherche des deux nouvelles branches qui nous sont proposées. Il n'y aura pas de surprise, car si je vais à la pêche sans filet comment pourrais-je attraper du poisson ?

II - La recherche sans espoir de deux nouvelles branches du droit, droit économique et droit de la régulation.

A - Droit économique

5 - Le droit économique existe en fait : il a son traité, sa revue, ses colloques, ses groupes de chercheurs. Mais au-delà du phénomène visible comment le définir ? Selon l'inventeur de la branche, il est « le droit de la concentration ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par des pouvoirs privés ou publics »⁸. Dès 1981, on a remarqué que cette définition oubliait la concurrence⁹. Le problème dans une économie de marché est de maintenir la concurrence malgré la tendance « naturelle » à la concentration et à la constitution de monopoles. C'est renverser le problème que de mettre en exergue la concentration sans la faire précéder et suivre de la concurrence. Il me semble que cette définition est marquée par son époque, antérieure à l'implosion du communisme (ou socialisme réel), où l'URSS pouvait encore faire figure de modèle possible, et où le marxisme balançait le néo-libéralisme. En 1981 la social-démocratie française croyait trouver son salut dans les nationalisations.

6 - Ce décalage historique explique que le même mot « pouvoir » désigne le public (l'Etat) et le privé (les multinationales en premier), ce qui les met sur le même plan. Il y a pourtant entre eux une différence d'essence : le pouvoir public détient l'imperium, le droit à la violence et à la guerre, le pouvoir privé ne met en oeuvre que la pression et l'influence. Quand je dis pouvoir, sans attribut, je pense au premier et pas nécessairement au second qui devrait être nommé autrement, par exemple intérêt. Dire du privé qu'il est un pouvoir, c'est évoquer des puissances qu'il ne détient pas. Laissons le pouvoir au monstre froid, l'Etat.

D'ailleurs depuis lors G. Farjat a déroulé l'histoire ; il distingue trois âges dans le droit économique : celui de l'interventionnisme de l'Etat, celui de la privatisation, et celui de la régulation. Nous serions dans le troisième âge que nous annonce M.-A. Frison-Roche¹⁰.

B - Le droit de la régulation

7 - Le sort du mot régulation est étrange. Son étymologie est la règle, ici la règle de droit, espèce originale du genre règle. Son frère étymologique est réglementation. Et pourtant on oppose la régulation à la réglementation. La régulation, au troisième âge de G. Farjat, viendrait remplacer la réglementation pour l'organisation de l'économie et plus généralement de la société. La réglementation vient de l'Etat, et quand l'Etat se désengage par la privatisation, il

⁸ G. Farjat, 1re éd., p. 14, définition reprise sans modification dans la 2e édition, p. 18.

⁹ L. Boy et A. Pirovano, Ambiguïtés du droit économique (éléments d'une méthodologie), Procès, 1981, n° 7.

¹⁰ G. Farjat dès son manifeste fondateur du droit économique est plus prudent que ne le laisserait entendre la définition qu'il en donne détachée de son contexte. « On voit dès lors, écrit-il, une définition possible du droit économique, définition qui recouvre, en tout état de cause, l'objet de notre recherche ». Le droit économique n'est que la construction d'un objet de recherche, ce qui est plus scientifique que prophétique.

faut trouver une autre forme de... régulation, car le laisser-faire, laisser-passer ne peut parvenir, livré à lui-même, à un ordre spontané acceptable. La régulation, c'est autre chose plus souple, plus divers que la réglementation¹¹. « Le droit de la régulation est constitué en premier lieu par l'ensemble des règles qui ont pour objet des secteurs nécessitant une régulation parce qu'ils sont gouvernés par la concurrence, et par autre chose que la concurrence » (Frison-Roche). Autre chose, mais quoi ? Si je comprends bien¹², il y aurait un secteur acquis à la concurrence, le marché, et des secteurs où la concurrence est à conquérir ; ce sont eux qui ont besoin d'un droit de la régulation. Je crois rejoindre L. Boy qui écrit : « Le droit de la régulation est réduit apparemment au droit applicable aux secteurs anciennement en position de monopole et ce sous l'influence des directives communautaires ». La concurrence a besoin d'être accompagnée pour entrer dans des secteurs « naturellement » monopolisés, comme l'électricité, le chemin de fer, la distribution des fréquences hertziennes. La régulation serait en définitive une privatisation rampante, là où la privatisation frontale est impossible¹³. Voilà une définition bien étroite, j'allais dire bien mesquine, pour une branche du droit¹⁴.

Au surplus cela constitue une définition purement instrumentaliste de la régulation. Elle ne nous renseigne en rien sur la nature et même sur la forme des règles à y ranger qui seront différentes de celles de la réglementation. Que la règle émane d'une autorité indépendante ou directement du ministère ne change pas son mode d'existence. La téléologie invoquée est la même. Alors dans le discours de M.-A. Frison-Roche pointe autre chose que le droit. Cet autre chose serait de l'éthique, des valeurs, celles communes à la société d'une époque donnée. Elles pourront changer demain : une autre chose succédera à une autre chose. Parce qu'au-dessous (ou au-dessus) du droit il y a autre chose que le droit. Ce que va découvrir G. Farjat grâce à l'analyse substantielle. On n'y échappe pas. Et ici le trop étroit devient trop large.

8 - Il risque d'arriver au droit de la régulation ce qui est arrivé au droit économique, à savoir d'être porteur d'une vocation générale du droit à saisir l'économie : « Considéré comme un droit original, mais à vocation générale, le droit économique se présente donc comme un esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses. Seul l'esprit est vraiment nouveau »¹⁵. La régulation ne serait, dans le même cas, qu'un regard nouveau porté sur la règle de droit ; une façon de présenter un libéralisme civilisé qui peut faire bon ménage avec la social-démocratie. Libéral, oui, mais pas sauvage. Nous entrons ici dans le domaine de la politique et même dans le langage politicien. La branche du droit éclate comme la grenouille de la fable. Car la régulation ne serait pas seulement celle de l'économie, mais celle de l'ensemble des rapports sociaux. Un bon exemple en serait le PACS qui régule le couple homo comme hétéro alors que le mariage réglemente le seul couple hétéro. Si l'on se contente de mots, on sera satisfait.

¹¹ Je laisse de côté toute référence au vocabulaire anglo-saxon qui ne peut qu'engendrer des barbarismes ; encore qu'il ne soit pas sûr que les inventeurs du concept de régulation n'aient pas été influencés, au moins pour la sémantique, par le langage anglo-saxon. C'est le risque des transpositions d'outre-Atlantique.

¹² La pensée et son expression de M.-A. Frison-Roche sont volontiers subtiles et peuvent dérouter la compréhension.

¹³ La privatisation de Renault n'a pas besoin de régulation car la construction de voitures automobiles appartient par nature au secteur concurrentiel. L'entreprise avait été nationalisée par un hasard de l'histoire.

¹⁴ C'est l'opinion de L. Boy.

¹⁵ C. Champaud, rapporté par G. Farjat, p. 15 *in fine*, de la 1^{re} édition. V. ensuite une déclaration dans le même sens de Vasseur.

2) Cass. Soc., 4 décembre 1996, n° 94-40693 94-40701, Bull. civ. IV, n°421 (doc. 2)

Vu leur connexité, joint les pourvois n°s 94-40.693 à 94-40.701 ;

Sur le moyen unique, commun aux pourvois :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X... et 8 autres salariés de la société Ecoplastic, ayant travaillé le lundi de Pâques 12 avril 1993, le jeudi de l'Ascension 20 mai 1993 et le lundi de Pentecôte 31 mai 1993, ont perçu le salaire correspondant ; qu'ils ont prétendu que leur salaire devait être, pour ces 3 jours fériés, majoré de 100 % et ont saisi de cette réclamation la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour admettre l'existence d'une créance de salaires, de congés payés et de dommages-intérêts pour chacun des salariés concernés, le conseil de prud'hommes a énoncé que si ni la loi ni la convention collective ne précisent rien sur la rémunération particulière, en dehors du 1er mai, elles ne comportent pas pour autant l'interdiction de paiement particulier ; qu'il convient alors au juge, devant l'imprécision de la loi du 19 janvier 1978 ne légalisant que le statut minimum dans le cadre du chômage du jour férié, d'examiner les demandes en équité, sur la base en particulier de l'article 1135 du Code civil ; que si en cas de non-travail d'un jour férié, il y a maintien du salaire, il serait inéquitable en cas de travail effectif de n'en rester qu'à l'attribution d'un salaire identique ;

Attendu, cependant, que les jours fériés ne sont pas, à l'exception du 1er mai, nécessairement chômés ; que le salarié, qui travaille un jour férié, n'a droit, à défaut de dispositions particulières résultant de la convention collective ou de son contrat, qu'à son salaire ;

Qu'en statuant, comme il l'a fait, alors que l'équité n'est pas une source de droit, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la Cour de Cassation est en mesure de mettre fin au litige en faisant application de la règle de droit appropriée en application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils ont fixé la créance de MM. X..., Y..., A..., Z..., Morice, Rossignol, Hervé, Villechalanne et Bureau, les 9 jugements rendus le 22 novembre 1993, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Saintes ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DEBOUTE MM. X..., Y..., A..., Z..., Morice, Rossignol, Hervé, Villechalanne et Bureau de leur demande de salaires, congés payés et de dommages-intérêts.

Exercices :

- 1) Lire le texte intitulé *Le droit en branches* (doc. 1)
- 2) Faire la fiche d'arrêt de Cass. Soc., 4 décembre 1996, n° 94-40693 94-40701, Bull. civ. IV, n°421 (doc. 2)
- 3) Manipulations du Code civil (l'exercice doit en principe être réalisé sur un Code civil « papier » ; exceptionnellement et pour les étudiants non-encore dotés d'un Code civil, l'utilisation de « Legifrance.gouv.fr » pourra être envisagée) :

Déterminez le texte applicable aux questions suivantes (et les solutions en résultant) :

- Pouvez-vous épouser votre tante ou votre oncle ?
- Votre voisin vous permet de faire des fouilles sur son terrain et vous y découvrez un coffre rempli de pièces d'or anciennes. Qui en est le propriétaire ?
- Quelle est la définition légale de l'usufruit ?
- Les branches d'un arbre poussant sur le terrain de votre voisin s'étendent au-dessus de votre terrain ? Pouvez-vous cueillir les fruits qui y poussent ?

Dans votre Code civil, trouvez :

- La loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation

De quand datent :

- Le Titre troisième du Livre troisième du Code civil ?
- Les dispositions instaurant le Pacs ?
- L'alinéa 1er de l'article 16-4 du Code civil ? et l'alinéa 2 ?
- L'article 2 du Code civil ?

Trouvez des références doctrinales sur le Pacs.