LA JUSTIFICATION

DES MESURES

DE GESTION DU PERSONNEL

ESSAI SUR LE CONTRÔLE DU POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

Frédéric GUIOMARD

Prix de thèse 2001 de l'Association française de Droit du travail et de la sécurité sociale

Version éditée en juillet 2004.

La présente version constitue une version actualisée de la thèse soutenue le 2 décembre 2000 à l'Université Paris-X-Nanterre. Elle est actuellement en cours d'impression : la version imprimée sortira à la rentrée 2004 (LGDJ, Bibliothèque de droit privé), avec une préface de A. Lyon-Caen.

A Iris et Octave

Une thèse ne peut être le produit d'un travail solitaire. Celle qui est présentée ici a été élaborée dans le cadre de l'IRERP, à l'université Paris-X-Nanterre. Elle est le résultat d'une recherche menée au sein d'une équipe où l'on ne peut que prendre plaisir à travailler, à réfléchir et à débattre. Mes remerciements vont donc à tous les membres de cette équipe sans qui cette thèse n'aurait pu aboutir :

Antoine Lyon-Caen, directeur de thèse inégalable, Marie Armelle Souriac-Rotschild, Isabelle Vacarie, Anne-Sophie Ginon, Annissa Allouache, Nicole Kerschen, Marie-Thérèse Lanquetin, Georges Borenfreund, Jean-Maurice Verdier, Pascal Lokiec, Olivier Leclerc ainsi que Irina Ravelonahina, Eran Soral et chacun des doctorants que j'ai pu côtoyer.

Toute ma gratitude également à mon épouse Pascale qui a réussi à supporter les différentes étapes de la thèse, et qui m'a fourni une aide précieuse dans la relecture.

On peut dire que, dans l'ordre humain,
les plus grandes erreurs produisent
aussitôt leur propre justification

Alain, Propos, 1921, p. 313

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE. L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

Titre 1 La nouveauté de l'exigence de justification
Chapitre1. L'absence de contrôle des raisons d'agir dans les conceptions classiques du droit privé
Section 1. Les causes de l'exclusion du contrôle des raisons d'agir
Section 2. La timidité du « contrôle » des droits
Chapitre 2. Le développement de l'exigence de justification
Section 1. Les origines textuelles du contrôle des justifications
Section 2. Champ d'application de l'exigence de justification

Titre 2. Le régime juridique de l'exigence de justification
Chapitre 1. Le modèle de conduite imposé à l'employeur
Section 1. Les règles de la procédure non contentieuse.
Section 2. Les règles de la procédure contentieuse
Chapitre 2. La sanction de la violation de l'exigence de justification
Section 1. De lege lata, une grande diversité de sanctions
Section 2. De lege ferenda : le développement de sanctions spécifiques à l'impératif de justification

SECONDE PARTIE. LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS

Titre 1. Les règles de jugement et la justification
Chapitre 1. Le contrôle des justifications et la technique du standard juridique
Section 1. La notion de standard juridique
Section 2. Une analyse argumentative des standards de justification

Chapitre 2. L'office du juge dans le contrôle des justifications
Section 1. La rénovation de l'office du juge
Section 2. L'étendue du contrôle judiciaire

Titre 2. Eléments d'une analyse rhétorique des justifications
Chapitre 1. Les règles du raisonnement pratique
Section 1. Une méthode d'analyse empruntée à la Nouvelle rhétorique
Section 2. Les techniques de l'argumentation
Chapitre 2.Recherche sur les valeurs justificatives
Section 1. Les valeurs, objet de connaissance ?
Section 2 Un modèle de typologie des valeurs : les Economies de la grandeur

INTRODUCTION

I. TERMINOLOGIE

1. De nombreuses normes du droit du travail contemporain imposent à l'employeur de *justifier* ses choix. Ces normes sont d'origine légale, conventionnelle ou jurisprudentielle.

Le licenciement doit ainsi être justifié par une cause réelle et sérieuse[1]. Les sanctions disciplinaires doivent être justifiées et proportionnées à la faute commise par le salarié[2]. En cas de licenciement collectif pour motif économique, l'employeur doit, en cas de litige, justifier le choix des salariés licenciés[3]. De même, en présence d'une discrimination sexuelle apparente, la Cour de justice des Communautés européennes exige que l'employeur justifie la différence de traitement par des « *facteurs objectivement justifiés et extérieurs à toute discrimination fondée sur le sexe* »[4]. Ajoutons enfin les dispositions sur les comités d'entreprise qui imposent à l'employeur de justifier un grand nombre de ses choix[5].

2. Notion de mesures de gestion du personnel

Chacune de ces normes exige de l'employeur qu'il justifie les choix qu'il opère. Faute d'un terme plus précis, l'ensemble de ces choix est désigné par l'expression « *mesures de gestion du personnel* » Cette expression n'est cependant pas entièrement satisfaisante, car elle relève d'un vocabulaire plus gestionnaire que juridique[6]. Le terme « *mesure* » renvoie à l'idée d'un acte adapté à une finalité recherchée. Celui de « *gestion* » évoque plutôt l'idée d'une rationalité spécifique dans l'action. La « *gestion du personnel* », à l'instar de la « *gestion des ressources humaines* », renverrait à une rationalité managériale dépourvue de signification juridique. Le terme sera donc ici employé dans un sens plus neutre. Il désignera l'ensemble des actes juridiques ou matériels de l'employeur, tant individuels que collectifs, qui ont pour objet d'appréhender la situation des salariés dans l'entreprise. Ce sens est donc très large, et destiné à n'exclure aucune des opérations effectuées par le chef d'entreprise.

Plus complexe est la signification du terme justification.

---

1. Article L. 122-14-3 du Code du travail
2. article L. 122-43
3. Voir Soc., 20 décembre 1993, Dr. soc. 1993, p. 969 ; Soc., 24 février 1993, Bull. civ. V, n° 66
4. CJCE *Jenkins*, n° 96/80, 31 mars 1980, Rec. p. 911
5. L. 432-1 sqq.
6. Voir toutefois M. Despax et J. Pélissier, *La gestion du personnel : aspects juridiques*, Vol. 1. *Les grands problèmes de la gestion du personnel*, Vol. 2, *Les relations de travail dans l'entreprise*, Vol. 3. *Les relations sociales dans l'entreprise*, ed. Cujas, 1ère édition, 1974, 2e édition, 1984.

II. DÉFINITION DE LA JUSTIFICATION

3. La délimitation de la catégorie de connaissance, objet de la présente recherche, nécessite de préciser le sens du terme « *justification* ». Ce terme, employé dans des domaines variés, recouvre des significations disparates. Sa définition doit donc être précisée.

Selon Aristote, la définition est le discours qui exprime la *quiddité*, c'est-à-dire l'essence d'une chose[7]. Les conceptions modernes s'accordent cependant pour exclure la possibilité de ces définitions réelles : les choses ne peuvent être définies par leur essence[8]. Les définitions sont alors conçues comme ayant une fonction méthodologique. Elles réduisent l'équivoque des termes employés grâce à la délimitation de leur sens[9].

Le terme de « *justification* » est employé dans des contextes très divers. Sa compréhension requiert donc une approche lexicale[10], permettant de préciser les différents sens conférés à ce terme. De ces derniers sera dégagée la signification qui sera retenue dans la présente recherche.

A. DÉFINITION LEXICALE

4. La définition lexicale est celle qui recense et précise les emplois d'un terme donné. Cette conception a été notamment utilisée par les tenants d'une approche analytique du droit[11].

Le terme « *justification* » est employé dans des contextes distincts : théologie, droit, littérature ou épistémologie. L'examen de ces différents emplois permet de distinguer trois sens différents. La justification renvoie soit à la disculpation (1), soit à la preuve (2), soit à l'argumentation (3).

1. La justification comme disculpation

5. Dans son acception première, la justification est synonyme de disculpation. Elle permet d'écarter le caractère fautif d'un acte ou la culpabilité d'une personne. Cette signification caractérise les emplois du terme dans la théologie et dans le droit pénal.

a) Théologie

6. Pardon divin

L'étymologie nous enseigne que le mot *justification* est issu du bas latin ecclésiastique *justificatio,* composé du nom *jus* (justice ou droit) et du verbe *facere* (faire). En un mot, rendre juste, conforme à la justice (divine) ; traiter avec justice.

---

7. *Topiques*, I, 5

8. S. Auroux, dir., *Les notions philosophiques*, 2e ed., Puf, 1998, V° *Définition*

9. Sur l'importance des définitions en droit, voir Austin, *A plea for excuses*, 57 Proceedings of the Aristotelian Society I, p. 20 (1956/7), reproduit in *Philosophical papers,* Clarendon Press, Oxford 1961.

10. Les termes de *définition lexicale* et de *définition stipulative* sont empruntés à M. Troper, *Pour une définition stipulative du droit*, in Droits n° 10, 1989, p. 101

11. Voir par exemple HLA Hart, *The concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, 1994, p. 302 note sur la p. 185 pour la définition du positivisme juridique ; passage cité par M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, Léviathan, 1995, p.27

L'expression semble empruntée à St Paul[12]:

« *Comme la faute d'un seul a entraîné sur tous les hommes une condamnation, de même, l'œuvre de justice d'un seul procure à tous la justification* »

Le thème de la justification est primordial dans la théologie chrétienne. La justification - quelquefois traduite par *justifiement* dans l'ancien français[13] - signifie ici la grâce procurée aux hommes par le pardon divin[14]. Elle a fait l'objet de débats célèbres entre Réforme et Contre-Réforme. Schématiquement les luthériens estiment que la grâce est procurée par la seule foi, alors que les catholiques soutenaient qu'elle peut également provenir d'actes de piété (justification par les œuvres).

La justification chrétienne implique nécessairement une « *relation à celui qui juge* »[15] : elle ne peut être procurée que par l'acte d'un for externe. Paul Ricœur y voit une « *doctrine forinsique* » : la justification ne peut que « *venir du dehors* »[16].

Cette conception conduit à prendre conscience de la double dimension de la justification dans le sens qui sera retenu ici. La justification combine un acte de celui qui est jugé (le fait de se justifier) et un autre de celui qui juge (le constat du caractère justifié de l'acte).

b) Sens du droit pénal

7. Disculpation

La confusion entre justice divine et justice humaine dans les systèmes de droit naturel favorisa certainement un passage de ce terme de la langue théologique à la langue juridique. Par un glissement métonymique, la justification désigne non plus le pardon, mais les procédés destinés à disculper une personne. Cet emploi du terme semble fort ancien[17].

L'Ancien droit connaissait une acception de la justification beaucoup plus large que la notion actuelle, puisqu'elle englobait « *tout ce qui tend à prouver l'innocence de l'accusé* »[18]. Ceci ressort nettement de la définition du verbe *justifier* figurant dans la deuxième édition du Dictionnaire de l'Académie française (1695) : « *monstrer, prouver, déclarer que quelqu'un qui estoit accusé est innocent. Le Parlement l'a justifié, il s'est justifié de ce crime là*. ».

8. Notion de faits justificatifs

Dans le droit pénal contemporain, la justification - ou les *faits justificatifs* - renvoie à une construction juridique plus restrictive. On appelle ici justification un mécanisme qui permet d'exclure la responsabilité de l'auteur d'une infraction. Le Code pénal de 1810 retenait deux faits justificatifs : l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime d'une part[19] et la légitime défense d'autre

12. Saint Paul, *Epître aux Romains*, 5, 18

13. F. Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue française du IX° au XVI° siècle*, Paris, 1885.

14. A. Di Berardino (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du christianisme ancien*, Cerf, 1990, V° « *justification* ».

15. S. Auroux, dir., *Les notions philosophiques*, 2e ed., Puf, 1998, V° *Justification*

16. P. Ricœur, *Le concept de responsabilité*, in *Le Juste*, Ed. Esprit, 1995, p. 46 sq.

17. Il remonterait au XII° siècle selon P. Imbs (Dir.), *Trésor de la langue française*, Edition du CNRS, 1971- V° *Justification*

18. G. Dingome, *Le fait justificatif en matière de responsabilité civile*, Thèse, Paris I, 1986, p. 21

19. Art. 327 C. Pen.

part[20]. La jurisprudence et la doctrine ont construit, à partir de cette dernière, un troisième fait justificatif, l'état de nécessité.

La justification est fondée sur l'idée d'une neutralisation de l'élément légal de l'infraction (incrimination). L'acte matériel commis, bien qu'en apparence illicite, peut être qualifié d'acte conforme au droit en raison des circonstances dans lesquelles il est advenu. En vertu de la conception objectiviste dominante chez les pénalistes[21], la justification est perçue comme une limite interne à la règle d'incrimination lorsque « *l'acte ne porte aucune atteinte aux valeurs sociales protégées* »[22]. La responsabilité est écartée en conséquence de la disparition du caractère illicite de l'acte.

La justification, cause objective d'irresponsabilité, est opposée aux causes subjectives d'irresponsabilité[23]. En présence de ces dernières, la responsabilité disparaît, car la faute ne peut être imputée à son auteur en raison du trouble psychique ou de la contrainte qui pèse sur lui. Elles font disparaître la culpabilité de l'auteur, non le caractère illicite de l'infraction.

Le Nouveau Code pénal n'a pas formellement repris la distinction entre les causes subjectives d'irresponsabilité et les faits justificatifs. Rien ne permet cependant de conclure à l'obsolescence de cette notion[24].

Le droit pénal permet de comprendre quelle est la fonction de la justification dans l'ordre juridique. Elle confère à celui qui agit non seulement l'impunité, mais aussi la légitimité, la reconnaissance de la conformité de son action avec le droit. Celui qui commet un acte justifié accomplit un acte licite qui ne saurait être blâmé. Selon le moment où le juge constate le fait justificatif, il prononcera un classement sans suite, rendra une ordonnance de non-lieu ou une décision de relaxe ou d'acquittement[25].

2. La justification comme opération de preuve

9. Droit privé

Dans une seconde acception, la justification ne signifie pas la disculpation mais seulement la preuve de quelque chose. Ainsi peut-on constater un second glissement

---

20. Art 328 et sq. C. Pen.

21. G. Roujou de Boubée, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1982, p. 21 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 6e édition, Cujas, 1984, n° 404

22. M. Habchi, *Essai sur la notion de justification*, Thèse, Paris XII, p. 15.

23. article 64 du Code Pénal de 1810

24. L'article L. 122-1 c. pen. évoque l'absence de responsabilité pénale, formule suffisamment large pour inclure les causes objectives et les causes subjectives d'irresponsabilité. Certains y ont vu une volonté législative d'abandonner une distinction doctrinale imprécise (F. Desportes et F. Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, Tome 1, *Droit Pénal Général*, 2ème édition, Economica, 1996 p. 514). Il semblerait plutôt que la neutralité de la formule employée permet de maintenir cette distinction (J. Pradel, *Le nouveau code pénal (partie générale)*, Ed. Dalloz 1994, p.66, également ALD, 1993 Commentaire législatif p. 163, n° 33).

Voir sur la genèse de cette notion, ainsi que sur des réflexions sur son devenir, E. Lepointe, *Justifié, donc irresponsable*, D. 1996, chr. p. 247

25. Stefani, Bouloc, Levasseur, *Droit pénal général*, 17e édition Dalloz, 2000, n° 397.

métonymique de ce terme, d'abord synonyme de pardon, il s'apparente à la disculpation, puis à la preuve de quelque chose.

Cette signification est essentiellement reçue en droit privé[26] ; elle est également parfois celle que lui donne le sens commun[27].

Cet emploi semble hérité d'une longue tradition juridique. Les ordonnances d'avril 1667 de Louis XIV réformant la procédure civile semblaient déjà assimiler preuve et justification[28]. Cette assimilation se retrouve dans l'article 1315 du Code Civil :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » (Souligné par nous).

Dans ce texte, justifier et prouver sont exactement synonymes. Justifier signifie donc en droit privé prouver, dans une acception extrêmement formaliste de ce terme. Il désigne la production d'une pièce justificative.

Cet emploi est également attesté dans l'article 1147 du Code civil : le débiteur est condamné au payement de dommages et intérêts en cas d'inexécution contractuelle, à moins *« qu'il ne justifie* […] *que l'inexécution provient d'une cause étrangère »*. Le terme doit ici aussi s'entendre de la seule preuve de *faits* qui ont rendu impossible l'exécution de l'obligation par le débiteur[29].

Cette acception peut donc être décrite comme une conception formelle de la justification. Le verbe justifier reçoit ici un emploi grammatical spécifique : justifier de quelque chose (d'une identité, d'un mandat, d'un payement...).

10. Utilisation du terme dans le Code du travail

Le terme est fréquemment employé avec cette connotation dans le Code du travail. Il est par exemple employé pour désigner l'obligation faite aux acrobates saltimbanques, montreurs d'animaux et directeurs de cirque ou d'attraction foraine de fournir une « *justification de l'origine et de l'identité de tous les enfants* » placés sous leur conduite[30]. Au-delà de ces dispositions quelque peu anecdotiques, l'article L. 226-1 dispose que « *tout salarié bénéficie, sur justification et à l'occasion de certains événements familiaux, d'une autorisation exceptionnelle d'absence* »[31]. Le

---

26. Nous exceptons ici les cas où la doctrine et la jurisprudence évoquent l'incidence des faits justificatifs sur la responsabilité civile. La notion est simplement transposée du droit pénal : la faute civile est absente en présence de faits justificatifs. Voir la Thèse de G. Dingome citée supra. ; adde H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* n° 488 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 2e ed., LGDJ 1998, n°556 sqq. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, n° 225. La simple reprise des notions du droit pénal conduit logiquement les auteurs à classer ces causes d'irresponsabilité comme des éléments objectifs d'exonération. Voir G. Viney et P. Jourdain, prec. n° 616-1

27. *Trésor de la langue française*, prec, V° *Justification*

28. Ordonnance d'avril 1667 sur la « *réformation de la justice* », Titre XX sur les « *faits qui gisent en preuve vocale ou littérale* », article 6 : « *Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit qui ne seront entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront reçues.* » (souligné par nous). Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, T.18 (1829), p.137. Voir dans un sens identique les dispositions sur la récusation des témoins dans le titre XXIII de la même ordonnance, spec. art. 2 et 5. ibid. p. 148.

29. A. Tunc, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 239

30. Article L. 211-14 C. Trav.

31. Le terme *justification* figure également dans les dispositions suivantes :

verbe *justifier* est également fréquemment utilisé dans cette acception. Signalons pour les cas les plus fréquents, ceux où le syndicat bénéficie d'un droit d'action en substitution sans avoir à « *justifier d'un mandat »*[32].

Le terme est encore employé dans le droit syndical, à l'occasion du contrôle patronal sur l'utilisation des heures de délégation des représentants du personnel. La Cour de cassation a affirmé que l'employeur peut exiger des indications sur l'utilisation des heures de délégations, mais non « *la justification de cette utilisation* »[33]. Cette formule semble signifier que le représentant n'est pas tenu de fournir une preuve (matérielle) détaillée de son emploi du temps, mais qu'il doit seulement indiquer de manière générale la façon dont il a exercé son activité représentative.

De nombreuses règles exigent enfin que le salarié « *justifie d'une certaine ancienneté »* pour prétendre à certains droits. Le terme justifier n'a pas ici de signification très spécifique, puisqu'on lui trouve très fréquemment des équivalents : compter, avoir une certaine ancienneté[34].

La justification dans tous ces cas correspond à un phénomène clairement identifié depuis Motulsky[35]. Les droits ne sont conférés que si leurs titulaires apportent la preuve de la réunion des éléments générateurs requis par la norme. Ces éléments peuvent être soit un acte juridique (au sens *instrumentum* de ce terme) soit un fait juridique. Par exemple, un contractant ne pourra obtenir l'exécution d'une obligation que s'il prouve, conformément aux règles probatoires du Code civil (articles 1315 sqq.) l'existence de cette obligation. Cette règle a été reprise dans l'article 9 du Nouveau code de procédure civile, qui dispose : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

L. 124-3 : justifications à fournir dans le cadre de la mise à disposition d'un travailleur temporaire (le sens est ici plus proche de la justification au sens où nous l'entendrons)

L. 124-12 (abrogé par la loi du 11 février 1994) : les entreprises de travail temporaire doivent fournir *« toute justification du paiement des charges »* de sécurité sociale à l'administration

L. 129-3 : évoque les modalités de justification de la destination de l'aide étatique fournie dans le cadre des emplois de services

L. 223-17 : les personnes affiliées à une caisse de congés payés doivent fournir aux contrôleurs *toutes justifications destinées à établir qu'elles se sont acquittées de leurs obligations*.

L. 951-8 : l'employeur est dispensé de fournir la *justification* de ses obligations de délibération en matière de formation professionnelle lorsqu'il produit le procès verbal de carence prévu à l'article L.433-13.

L. 991-4 : en cas de défaut de *justification* de la réalité et du bien fondé des dépenses de formation professionnelle du fait de l'organisme de formation, celui-ci doit rembourser à l'entreprise le montant des sommes rejetées.

32. Articles L. 122-3-16 (CDD) ; L. 122-45 (discriminations) ; L. 122-53 (harcèlement moral) ; L. 123-6 (égalité professionnelle) ; L. 124-20 (travail temporaire) ; L.125-3-1 (prêt de main d'œuvre) ; L. 127-6 (groupements d'employeurs) ; L. 135-4 (conventions collectives) ; L. 321-15 (licenciement pour motif économique) ; L. 341-6-2 (travailleurs étrangers) ; L. 721-19 (travailleurs à domicile)

33. Soc., 25 mai 1993, Bull. civ. V, n° 147 ; Soc., 22 avril 1992, Bull. civ. V, n° 298 ; Voir sur cette question la remarquable analyse de J.M. Verdier, *La justification des heures de délégation : dérive jurisprudentielle et menaces sur la représentation du personnel,* Dr. soc. 1988, p. 713 ; *La justification des heures de délégation… (suite),* Dr. soc. 1989, p. 637 ; *L'utilisation des heures de délégation (suite) : contestation prud'homale, abus de droit, entrave,* Dr. soc. 1991, p. 300

34. voir par exemple les articles L.122-9 et L. 122-14-5

35. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948

3. La justification comme argumentation

11. Dans la dernière acception repérée, la justification se confond avec la notion d'argumentation. Plus précisément, elle désigne ici une « *argumentation utilisée pour défendre une conclusion, une décision, une action, pour en montrer le bien fondé* »[36]. Alors que les épistémologues insistent à juste titre sur la distinction entre la démonstration et la justification, les logiciens montrent toute la richesse que comporte ce terme.

a) La justification dans l'épistémologie

12. Contexte de la découverte et contexte de la justification

Popper a utilisé le terme « *justification* » dans un sens particulier[37]. En étudiant le raisonnement scientifique, il a montré que la logique de la découverte scientifique était basée sur un mécanisme de « *falsification* ». L'impossibilité d'une vérification empirique exhaustive des lois scientifiques exclut de « *vérifier* » leur exactitude. Il est cependant possible de montrer leur inexactitude. La logique de la découverte scientifique consiste à chercher à falsifier des hypothèses. Tant qu'une hypothèse n'est pas falsifiée, elle est considérée comme valide. Dans ce contexte, Popper montre que les arguments avancés afin de soutenir une hypothèse, les *justifications*, n'ont aucune valeur scientifique. Elles ne constituent qu'un raisonnement artificiel, développé *a posteriori*, au soutien d'une hypothèse. Elles ne permettent nullement de valider celle-ci.

Cet emploi de la notion de justification chez les épistémologues montre que la justification est une forme particulière d'argumentation. Elle ne permet pas de montrer la vérité d'une proposition, mais fournit des arguments qui en montrent la vraisemblance. Les scientifiques en déduisent que la notion de justification est dénuée de toute pertinence. Cette conception de la justification se retrouve dans la théorie juridique.

13. Positivisme juridique

Les tenants d'une science positive du droit ne manquent pas de reprendre cette conception afin de bannir du droit toute référence à la justification. Selon eux, les seuls objets de la théorie juridique sont les normes, actes de volonté posés par des autorités légitimes. Ces normes peuvent seulement être valides ou ne pas l'être. Il est impossible d'affirmer avec certitude si ces actes sont bons, justes, ou acceptables.

Ainsi que l'exprime C. Grzegorczyk, les positivistes refusent *« toute tentative de justification rationnelle du droit positif, ou de son fondement ontologique 'dans la nature des choses'. Le droit ne se justifie que par la procédure de son édiction mettant en jeu la compétence à le poser, et non par une adéquation à quelque critère extérieur à lui-même* »[38].

14. Erreur naturaliste

La doctrine juridique outrepasse souvent cette prescription de la théorie du droit. Innombrables sont les commentaires qui approuvent ou désapprouvent une loi

---

36. S. Auroux, dir., *Les notions philosophiques*, prec. V° Justification

37. K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 ; adde J. Habermas, *Vérité et justification*, Gallimard, 2001, sp. p. 181 sqq.

38. C. Gzregorzcyk, in M. Troper, C. Gzregorzyck, F. Michaud, *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992, p. 176 ; adde H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 92 sqq., « *la justification du droit par la morale* »

ou une décision de justice en estimant qu'elle est *justifiée* ou qu'elle ne l'est pas. Ainsi Ripert considérait-il que les normes juridiques devaient être approuvées ou réprouvées au nom de la morale. Il affirme par exemple qu' « *il y a des règles juridiques pour lesquelles il n'est d'autre justification que la règle morale qui leur sert de base, et cette règle morale elle-même ne se justifie que par une certaine conception religieuse du monde* »[39]. Une conception strictement positiviste conduit à bannir cette conception de la justification.

b) La justification dans la logique

15. Définition proposée par Perelman

Tout en gardant l'idée que la justification est une forme particulière d'argumentation, Perelman a proposé une acception plus riche de la justification. Celle-ci s'oppose, selon lui, à la démonstration scientifique, « *opération formelle, de preuve par calcul, à partir de prémisses, à l'intérieur d'un système formel* »[40]. Elle intervient dans l'ordre de la raison pratique : « *elle concerne essentiellement une action ou une disposition à agir : on justifie un choix, une décision, une prétention* »[41]. Elle nécessite au préalable « *l'existence ou l'éventualité d'une appréciation défavorable concernant ce que l'on s'efforce de justifier* »[42]. En bref, « *toute justification n'est donc autre chose qu'une réfutation des raisons effectives que l'on peut avoir de critiquer un comportement* »[43]. Contrairement à la démonstration scientifique, elle ne permet pas d'aboutir à la certitude ni à la vérité; elle ne saurait concerner que « *ce qui est à la fois discutable et discuté* »[44]. Elle est régie par la « *logique non formelle [qui] n'est rien d'autre que la technique de l'argumentation, dans toute sa richesse* »[45].

La justification s'entend ici comme le développement d'une argumentation, c'est-à-dire la production de raisonnements destinés à convaincre un auditoire déterminé[46], dans le but de montrer qu'une personne ou un acte ne peut être blâmé.

La variété des sens conférés à la notion de justification ne permettent pas de dégager une signification univoque. La rigueur exige alors de préciser le sens qui lui sera donné dans la présente étude.

---

39. G.Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 28.
40. C. Perelman, *Démonstration, vérification, justification* (1968) in Ethique et droit, p.319
41. C. Perelman, *Jugements de valeur, justification et argumentation* (1961), in *Justice et raison* p. 234.
42. Ibid. p.236
43. Ibid. p.238
44. Ibid. p.236
45. Ibid. p.242
46. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e édition, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992

B. DÉFINITION STIPULATIVE

16. La pluralité des sens conférés au terme « *justification* » rend impossible la « *découverte* » d'une signification qui ne soit équivoque. Les trois sens du terme (disculpation, preuve, argumentation) sont irréductibles. Il convient donc de stipuler, de produire la définition qui sera donnée à ce terme dans la présente recherche. La justification sera définie comme l'obligation de soumettre les raisons d'agir à l'appréciation d'un for externe, c'est-à-dire l'obligation d'argumenter en faveur de la légitimité d'un choix (1). Il conviendra dès lors de préciser comment elle se distingue de notions voisines (2).

1. Argumentation en faveur de la légitimité d'un choix

17. Obligation d'explicitation

La signification du terme *justification* peut être dégagée des textes du droit du licenciement[47]. Il est couramment affirmé que l'employeur doit *justifier* le licenciement par une cause réelle et sérieuse. Cette proposition recouvre deux opérations distinctes : l'employeur doit expliciter son acte, et le juge doit l'évaluer.

Il revient d'abord à l'employeur d'avancer des justifications, c'est-à-dire des arguments destinés à montrer la légitimité de son action. Le terme « *légitimité* » peut être ici entendu dans un sens distinct de son acception proprement juridique (conformité à une norme posée[48]). Il désigne la conformité d'une décision à des valeurs socialement reconnues et partagées. L'acception retenue est proche de celle que lui attribue le sens commun.

Par ailleurs, le juge doit apprécier si les arguments avancés par l'employeur sont recevables dans le système juridique. Pour ce faire, il lui appartient de contrôler les raisons pour lesquelles l'employeur a agi. Il importe de savoir si l'employeur a licencié un salarié dans le but de lui nuire, ou dans celui d'assurer la survie économique de son entreprise qui connaît des difficultés, ou encore dans le souci d'augmenter les bénéfices distribués aux actionnaires. Il apparaît alors que la spécificité du phénomène étudié réside dans le contrôle des *raisons d'agir* des sujets de droit. La plupart des règles juridiques écartent une telle évaluation[49].

Le critère permettant d'identifier les normes portant justification semble dès lors résider dans le contrôle des raisons de l'action par une juridiction, ou à défaut par un tiers. Les indices d'un tel contrôle peuvent être repérés à partir des termes utilisés par les dispositions législatives ou les décisions jurisprudentielles. Un indice formel de l'impératif de justification est fourni chaque fois qu'il est mentionné l'obligation pour l'employeur de fournir les « *justifications* », les « *raisons* », ou d'énoncer les « *motifs* » ou la « *cause* » d'une mesure qu'il adopte.

La justification peut donc être définie comme l'obligation faite à l'employeur par des règles de source légale ou jurisprudentielle, d'énoncer les raisons pour

---

47. Comme nous le verrons, le droit du licenciement constitue un domaine pionnier du développement de l'exigence de justification. Cette dernière connaît en cette matière ses développements les plus importants. Il est donc logique que la justification du licenciement serve de modèle pour la définition de cette notion.

48. Voir les remarques de G. Lyon-Caen sur la notion de légitimité : D.O. 1988, p. 47

49. voir infra n°31 sqq.

lesquelles il a accompli un acte, dans le but d'un contrôle de son caractère légitime par un tiers. La violation de cette obligation entraîne l'application de sanctions. Celles-ci peuvent être de nature diverse : elles ne sont pas consubstantielles à la définition de la justification[50].

18. Le for externe : juge ou institution représentative

Si cette définition est retenue, il convient de distinguer les normes qui imposent la justification dans le but d'un contrôle judiciaire, et celles qui ne retiennent qu'un examen des raisons d'agir de l'employeur par un organe de représentation du personnel. La distinction de ces deux situations est évidemment d'importance. Du point de vue de la théorie juridique, le jugement ou l'arrêt rendu par une juridiction a la valeur d'une norme juridique. Cette norme est dotée de la force exécutoire. En revanche, la proposition émise par une institution représentative du personnel n'a aucune valeur juridique.

L'exigence de justification aboutit ainsi à la production d'actes de nature très différente. Sa spécificité réside dans le processus de production des décisions de l'employeur. Que la mesure soit soumise à l'appréciation des juges ou à celle des représentants du personnel, elle requiert l'explicitation et nécesisite l'appréciation d'un for externe. Les règles qui gouvernent l'appréciation de la valeur des arguments présentés sont les mêmes devant un juge ou devant tout autre auditoire.

Le caractère essentiel de la notion de justification réside ainsi dans l'obligation d'expliciter les raisons d'un acte, et dans l'institution d'un contrôle de leur légitimité par un for externe.

2. Distinction de la justification des notions juridiques voisines

19. La justification, définie comme l'obligation d'énoncer les raisons d'un acte dans le but de les soumettre au contrôle d'un tiers, doit être distinguée de notions voisines, telles que la motivation et la preuve.

a) Justification et motivation

20. La motivation : un acte formel

La justification est l'énonciation de raisons d'agir. Elle n'est pas très éloignée en ce sens du contrôle des motifs en droit administratif[51]. Les auteurs du droit administratif définissent les motifs comme « *les conditions de fond qui autorisent ou imposent l'action* »[52], ou « *les raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à édicter un acte* »[53]. La motivation s'entend de l'énonciation écrite de ces motifs dans l'acte juridique, destinée à faciliter le contrôle des motifs par le juge administratif.

Il convient de bien distinguer la motivation et le contrôle des motifs. En droit administratif, il désigne un aspect particulier du contrôle de la légalité interne des

---

50. Cette dimension suit la démonstration de Kelsen, selon laquelle la sanction ne participe pas à l'essence des phénomènes normatifs (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 42 sqq.)

51. Voir en ce sens X. Lagarde, *La nature juridique de la cause de licenciement*, JCP, ed. G., 2000, I, 254, p. 1652

52. G. Dupuis, *Les motifs des actes administratifs*, EDCE, 1974-1975, p. 15

53. H. Pauliat, *La motivation des actes administratifs unilatéraux*, in Travaux de l'association Henri Capitant, 1998, T.3, LGDJ 2000, p. 49.

actes administratifs permettant d'apprécier la « cause » ou la raison de l'acte[54]. Ce contrôle n'est pas très éloigné du contrôle des justifications en droit du travail. Il convient cependant de rappeler que le but de ce contrôle est très différent malgré la proximité des techniques à l'œuvre[55]. Le contrôle du pouvoir de l'administration est un contrôle de la légalité, destiné à conformer l'action administrative au droit. Le contrôle des justifications a pour objet des prérogatives privées qui s'exercent dans un contexte de liberté de l'action. Le contrôle judiciaire doit donc concilier la liberté d'action et la protection des intérêts des salariés.

La motivation proprement dite s'entend de l'énonciation écrite des motifs de l'acte juridique. Elle n'est donc qu'une expression formelle de ces motifs. La justification comprend l'appréciation de l'ensemble des motifs qui ont pu générer la production de l'acte. La motivation ne peut, par nature, que figer une partie de ceux-ci sans exprimer, dans toute leur complexité, l'ensemble des raisons d'agir qui animent les sujets de droit.

Dans le droit privé, un mouvement contemporain de la doctrine tend à se référer de façon croissante à la « motivation » des contrats[56]. Le sens donné par les auteurs à ce terme est particulièrement étendu car ils désignent l'obligation pour une personne « *d'expliquer ses raisons* » ou l'obligation pour l'auteur d'un acte juridique de poursuivre un but particulier [57]. Cet emploi du terme nous paraît porter à confusion, car il mêle deux aspects distincts : la motivation et le contrôle des motifs. Certaines décisions de justice et des règles propres à certains contrats spéciaux comportent des évolutions sur chacun de ces aspects. Il semble d'ailleurs que des comparaisons puissent aujourd'hui être esquissées entre les évolutions connues par le droit des contrats et le droit du travail. Aucun contrat ne connaît un contrôle étayé des justifications tel que le droit du travail l'admet, mais maints exemples montrent que le droit civil connaît des évolutions voisines de celles connues par le droit social.

21. L'exemple de la motivation des cas de recours au contrat de travail à durée déterminée.

La différence entre contrôle de la motivation et contrôle des justifications dans le droit social peut être illustrée par la distinction entre le contrôle de la justification du licenciement et le contrôle de la motivation des contrats à durée déterminée.

Les règles sur les contrats à durée déterminée limitent l'utilisation de ces contrats à certains cas de recours : accroissement temporaire d'activité, remplacement de salariés, ou activité saisonnière[58]. Les règles sur la motivation de ce contrat exigent que ce dernier « *comporte la définition précise de son motif* »[59]. Ce motif est purement formel, et constitue en réalité l'énonciation de l'un des cas de

54. R. Chaput, Droit administratif général, Tome 1, 8e ed., Montchrestien, n°1058.

55. X. Lagarde, op. cit., loc. cit.

56. cf. M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, Mel. J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 ; X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, Trav. Ass. Capitant, LGDJ, 2000, p. 73 ; adde Rev. des contrats, 2/2004, p. 555 sqq., La motivation et le pouvoir contractuel

57. M. Fabre-Magnan, prec., n° 4 et n° 5

58. Cf. Article L. 122-1-1 du Code du travail

59. Article L. 122-3-1

recours énumérés à l'article L. 122-1-1[60]. Le droit n'organise qu'un contrôle de la motivation, et ne définit pas les règles contentieuses qui permettraient de contrôler tant la réalité du motif que son caractère légitime.

b) Justification et preuve

22. Opposition de la preuve et de la justification

La justification en tant qu'obligation de soumettre des raisons d'agir au contrôle d'un for externe se distingue très clairement d'une opération de preuve. La question soulevée ici ne concerne nullement la preuve d'un fait. Lorsqu'une norme impose que l'employeur justifie le licenciement d'un salarié, la question n'est pas pour lui de prouver qu'il a rompu le contrat de travail de ce salarié. La preuve de l'acte de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée est une question distincte. La partie qui allègue la rupture du contrat de travail doit la prouver[61]. Ce sera donc le plus souvent au salarié, qui se prétend créancier de droits consécutifs au licenciement, de prouver la rupture du contrat de travail. *Justifier d'un licenciement* se distingue par conséquent très nettement de *justifier un licenciement*. Ce sont là deux opérations distinctes. La première relève d'une opération de preuve. Il appartient à celui qui se prévaut de la rupture du contrat de montrer la réalité matérielle du fait invoqué. En l'occurrence, il s'agit de prouver que l'employeur a émis la volonté de rompre le contrat de travail. La démonstration concerne la production d'un événement dans le monde sensible.

La seconde opération consiste au contraire à montrer que l'acte de rupture du contrat de travail était conforme à la raison. Il s'agit d'une démonstration de la justesse ou de la justice de l'acte devant un for extérieur. Alors que la preuve relève de la démonstration de l'existence d'un fait dans le monde sensible, la justification relève de l'évaluation d'une conduite selon des critères de justice. L'opposition entre preuve et justification recoupe la distinction entre la description et l'évaluation.

23. Relativisation de la distinction

Cependant, preuve et justification ne s'opposent pas toujours de manière aussi absolue. La preuve s'apparente en droit à une opération destinée à emporter la conviction de la réalité d'un fait[62]. Cette opération est par essence subjective. Aussi est-il fréquent que le juge utilise les règles de preuve avec un souci d'équité[63]. L'affirmation du caractère insuffisant de la preuve d'un fait masque souvent un choix équitable en faveur du défendeur. En outre, l'appréciation de la justesse, du caractère adapté de la mesure à la situation, requiert parfois une opération de preuve. Ainsi, pour montrer que la suppression d'un emploi est justifiée par des difficultés

60. La jurisprudence a développé des exigences de rédaction particulières dans l'indication de ces cas de recours. Le remplacement d'un salarié absent exige par exemple la mention du nom et de la qualification du salarié remplacé : cf. Soc. 6 mai 1997, Bull. civ., V, n°940 ; Dr. soc. 1997, p. 922, obs. Cl. Roy-Loustanau ; 1er juin 199, Bull. civ., V, n° 249 ; Ass. Plen. 30 avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 712, avis P. Lyon-Caen.

61. A la volonté déclarée par l'employeur de rompre le contrat de travail, le droit du travail assimile depuis longtemps les ruptures imputables à l'employeur. Un comportement fautif, spécialement de nature violente, est analysé par la Cour de cassation comme une rupture imputable à l'employeur, à laquelle devront s'appliquer les règles du droit du licenciement. Voir par exemple Soc., 10 avril 1991, Bull. civ. V, n° 178. Voir G.H. Camerlynck, Le contrat de travail, Dalloz, 1982, n° 374 sqq.

62. H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Ed. Marcel Rivière, 1964

63. voir X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994

économiques, l'employeur devra prouver, chiffres à l'appui, la diminution de son chiffre d'affaires[64]. Les juridictions vérifient également la réalité de la suppression de l'emploi[65]. Il en est de même lorsque le licenciement est prononcé pour la perte de confiance de l'employeur à l'égard du salarié. La Cour de cassation exige que l'employeur fonde sa décision sur des « *éléments objectifs* »[66]. Cette référence à l'objectivité semble renvoyer à des éléments dont l'existence dans le monde sublunaire peut être démontrée. La justification d'une mesure peut donc conduire l'employeur sur le terrain de la preuve. Cette opération s'intègre cependant dans une opération d'imputation de la mesure à des événements qui contraindraient l'employeur à agir. Cette forme d'argumentation a pour fonction essentielle de montrer la justesse de la mesure en raison de son caractère contraignant pour l'employeur[67].

En résumé, la justification des mesures de gestion du personnel désignera dans la présente recherche l'obligation faite par les règles juridiques à l'employeur d'expliciter les raisons à l'origine de certains de ses choix, dans le but d'un contrôle de la légitimité de ceux-ci par le juge, ou éventuellement par un autre for externe (comité d'entreprise, délégués du personnel, représentant syndical).

III. LES TRANSFORMATIONS DE LA RÉGULATION JURIDIQUE INDUITES PAR L'ESSOR DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

24. La quête d'une régulation plus fine des rapports juridiques

Quelles sont les évolutions du système juridique induites par l'essor de l'exigence de justification ? Du côté du droit du travail, cet essor ne peut que rencontrer le constat quelque peu désenchanté de la doctrine contemporaine de l'ambivalence du droit du travail[68]. L'exigence de justification permet de protéger les salariés contre l'exercice arbitraire du pouvoir de l'employeur, et elle ouvre en même temps la voie à une légitimation judiciaire de l'exercice de ce pouvoir.

Le constat de l'ambivalence de ces règles est plutôt banal au regard des analyses de la doctrine contemporaine. Ce qui mérite davantage attention est la

64. Cf. par exemple Soc., 26 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 214, obs. C. Radé : il appartient à l'employeur d'établir les difficultés économiques au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise. De même, Soc., 30 septembre 1997 (2 arrêts), Bull. civ. V, n° 292 et n° 293 (La preuve d'un déficit de 4 MF ainsi que la diminution du chiffre d'affaires permet d'établir l'existence de difficultés économiques)

65. Soc., 24 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 183

66. Soc., 29 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 597 ; Dr. soc. 1992 p. 32, note F. Gaudu ; Voir également Soc., 7 décembre 1993, D. 1994, Somm. p. 309 et les observations de MM Lyon-Caen et Papadimitriou

67. voir infra n° 516

68. cf. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 21e ed., Dalloz, 2002, n°32, et les références citées

mutation des formes de régulation juridique induites par ces normes[69]. Comme nous le verrons (v. infra, n° 29 sqq.), l'exigence de justification implique une évolution importante des règles juridiques. A défaut de proposer un modèle de conduite prédéterminé, le législateur a choisi d'imposer aux entreprises elles-mêmes de montrer en quoi leurs décisions peuvent être considérées comme justifiées. Ce contrôle est placé sous la surveillance des juges qui doivent déterminer si cette justification est admissible. La rationalité propre à ces normes implique d'abord un certain déclin du modèle législatif tel qu'il s'est imposé en France avec le Code civil. Les normes ne constituent plus uniquement la signification donnée à des énoncés législatifs : le modèle qu'elles proposent doit être complété par une évaluation de la justice d'un acte effectuée par les juges. L'évolution montre en conséquence le passage d'une régulation « *légicentrée* » à une nouvelle forme de régulation basée sur des appréciations circonstanciées effectuées par les juridictions. Cette évolution n'implique aucune érosion de la régulation juridique, mais elle implique des évolutions des modalités de cette régulation. Elle autorise une appréciation plus fine des comportements des acteurs sociaux et respecte davantage les régulations locales définies par les acteurs eux-mêmes.

25. Une technique de réalisation des droits et libertés fondamentaux des salariés ?

Les raisons profondes d'une telle évolution restent à déterminer : elles sont probablement multiples et complexes, et seules peuvent être avancées des hypothèses explicatives. Un lien étroit unit la promotion des droits fondamentaux avec l'essor de l'impératif de justification. L'essentiel des cas identifiés d'exigence de justification peut être rattaché à la protection des droits fondamentaux des salariés. La protection du droit à l'emploi, à la dignité, à la participation, ou à l'égalité de traitement peuvent être vus comme le fondement de l'exigence de justification. Celle-ci pourrait alors être considérée comme une technique, voire comme la principale technique permettant de protéger de façon effective les droits fondamentaux.

Ce rapprochement entre les droits fondamentaux et la justification a déjà été proposé par certains auteurs[70]. Des instruments juridiques opèrent directement un lien entre la reconnaissance des droits fondamentaux et de la technique de la justification. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Article 30) a ainsi directement promu au rang d'un droit fondamental la protection contre le licenciement injustifié. De même, ce texte promeut le droit à l'information-consultation des représentants des travailleurs au rang d'un droit fondamental (article 27).

---

69. Sur la notion de régulation, voir en particulier A. Supiot, Travail, droit et lien social, Conférence publique ITLS, Genève, BIT, 1999, http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/papers/publecs/supiot/ ; Entre marché et régulation : les nouvelles régulations sociales assurent-elles une sécurité tout au long de la vie et Synthèse, in Peter Auer et Bernard Gazier (éd.), *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Dynamique du changement et protection des travailleurs* , BIT, Genève, 2002, p. 167 et p. 239

70. Cf. I. Meyrat, Droits fondamentaus et droit du travail, Thèse, Université Paris-X-Nanterre, 1998 ; I. Vacarie et A. Lyon-Caen, , Droits fondamentaux et droit du travail, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2000, p. 421

L'émergence d'une exigence de justification dans d'autres terres du droit privé correspond également à un souci de protection des droits fondamentaux de la personne. La justification de la rupture du contrat de bail d'habitation provient par exemple de la protection du droit au logement[71]. La motivation de la rupture des contrats de dépendance[72] est plus difficilement rattachable à un droit fondamental, sauf à la rattacher à un droit des travailleurs indépendants à une protection contre la rupture injustifiée du contrat, conformément à l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte protège « tout travailleur » sans exiger de condition de subordination[73].

Ce lien entre justification et droits fondamentaux peut être attribué à deux caractères propres aux droits fondamentaux[74]. Le premier est le renforcement du contrôle de l'exercice des pouvoirs induit par la protection de ces droits. La primauté accordée à la protection des droits fondamentaux de la personne exige de surveiller avec attention l'exercice des pouvoirs publics et privés afin d'empêcher que ces droits ne soient pas réduits à des déclarations de principe. La proclamation d'un droit à l'emploi serait dénuée de toute portée si le contrat de travail était résiliable *ad nutum* : le salarié, soumis au pouvoir de rompre de façon discrétionnaire le contrat de travail ne pourrait concrètement invoquer aucun droit à l'emploi. De même, la reconnaissance de la liberté d'expression serait dénuée de toute portée si l'employeur pouvait librement licencier les salariés en raison d'une prise de parole publique. La protection des droits fondamentaux nécessite ainsi un renforcement du contrôle des pouvoirs. La justification, qui exige de dévoiler les raisons des décisions, autorise un tel contrôle sur des actes auparavant considérés comme discrétionnaires.

Le second facteur qui permet d'expliquer le lien entre droits fondamentaux et justification est la teneur normative propre aux droits fondamentaux. Ils sont caractérisés par des énoncés généraux, ne protègent jamais (ou très rarement) des droits ou des prérogatives déterminées des individus, mais reconnaissent le principe de leur protection. La Convention européenne des droits de l'Homme reconnaît par exemple le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale (article 8), ou la liberté de pensée, de conscience et de religion. L'insertion de ces normes dans l'ordre juridique conduit par conséquent à un conflit entre ces principes et d'autres droits. La liberté d'expression des salariés interfère ainsi avec la liberté d'entreprendre. La réalisation d'un droit fondamental exige par là sa conciliation avec d'autres droits ou libertés. Cette conciliation, effectuée sous le contrôle des juges, n'est pas le produit de considérations d'équité ou d'application d'une règle de

71. Cf. infra n° 109

72. Cf. infra n° 110

73. Sur la protection des droits fondamentaux des travailleurs indépendants par des règles à l'origine conçues pour les salariés cf. CJCE 13 janvier 2004, C-256/01 Allonby, n° 79

74. Sur la notion de droit fondamental cf. V. Champeil-Desplats, La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français, D. 1995, chr. p. 323 ; E. Picart, L'émergence des droits fondamentaux, AJDA n° spé, juillet 1998, p.2 et V° Droits fondamentaux in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-Puf 2003; M.L. Pavia, Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, P.A. 6 mai 1994, n° spé. p. 6 ;F. Terré, Sur la notion de libertés et droits fondamentaux, in R. Cabrillac et alii, Libertés et droits fondamentaux, 10e ed., 2004, p. 3 ; M. Delmas-Marty, Introduction in M. Delmas-Marty et Cl. Lucas de Leyssac, Libertés et droits fondamentaux, Seuil 2002 ; L. Favoreu et alii, Droits des libertés fondamentales, 2e ed., Dalloz, 2002

justice qui serait immanente aux rapports sociaux. Elle est le produit d'une confrontation d'intérêts et d'arguments. La justification permet d'opérer une telle conciliation. Elle autorise à rechercher un équilibre entre la protection des droits fondamentaux des salariés et les intérêts des entreprises ou des tiers.

26. Problématique et plan

La présente recherche n'a cependant pas pour principal objet d'étudier les rapports qu'entretient la justification avec les droits fondamentaux : ce lien n'est proposé qu'au titre d'une hypothèse explicative. Sa finalité est plus modeste. Elle cherche à identifier et à caractériser la notion de justification dans le droit du travail français. L'analyse menée repose sur une hypothèse : la justification constitue une règle radicalement nouvelle dans le droit privé. Elle institue une nouvelle forme de régulation des rapports sociaux, et elle instaure une forme de contrôle judiciaire du pouvoir patronal jusque là inconnue. L'objectif premier de cette recherche est de montrer la rationalité de cette forme de contrôle du pouvoir. Une telle perspective nécessite d'élaborer des outils d'analyse qui permettent de rendre compte de ce phénomène dans toute son ampleur.

Si on prend au sérieux cette notion de justification, le champ de l'étude est vaste et nécessite un examen d'une grande part des règles du droit du travail. Plutôt que de restreindre le champ de l'étude, il nous a semblé plus intéressant de conserver une large perspective afin de montrer l'apport que permet cette notion à l'analyse juridique. Une telle perspective nécessitera de ne détailler que les aspects les plus saillants du sujet, et de renoncer à étudier dans les détails les aspects les mieux connus des règles du droit du travail.

L'étude de la justification doit être faite au regard de la double dimension de ce phénomène.

La justification fait d'abord peser sur l'employeur une exigence de *transparence* dans ses choix. Il doit en expliciter les raisons devant les salariés, et devant les juridictions en cas de litige. Cette obligation peut être comprise comme une *exigence de justification* (1ère partie).

Une fois les raisons des choix connues, elles sont soumises au contrôle d'un tiers (juridiction, institution représentative du personnel). Il est alors requis de chercher par quels mécanismes des motifs peuvent être dits *justifiés*. Les mécanismes du *contrôle des justifications* seront donc étudiés (2e partie).

Première partie. L'exigence de justification

Deuxième partie. Le contrôle des justifications.

Première partie

L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

27. La justification est l'obligation faite aux employeurs d'expliciter les raisons de leurs actes dans le but de les soumettre au contrôle d'un for externe. La première dimension de cette obligation réside donc dans une exigence de *transparence*[75] des choix qu'ils effectuent. La conformité de leur action au droit est évaluée à l'aune de l'explicitation des raisons de leurs choix.

L'employeur est tenu d'expliquer pourquoi il a licencié ou sanctionné un salarié, pourquoi il l'a traité d'une manière différente par rapport à d'autres salariés. Cette explicitation se déroule au moyen de procédures, à la fois contentieuses et non contentieuses.

28. Afin de comprendre la spécificité de l'exigence de justification, il convient de préciser de quelle manière cette obligation se distingue des autres normes de l'ordre juridique. Nous chercherons donc, dans une perspective à la fois historique et comparative, dans les différentes branches du droit privé, sa nouveauté et son originalité (Titre 1). Ces précisions permettront ensuite de dégager les règles applicables à l'exigence de justification(Titre 2).

Titre 1. La nouveauté de l'exigence de justification

Titre 2. Le régime juridique de l'exigence de justification

---

75. Sur la notion de transparence : Pour une réflexion générale sur la transparence en droit cf. M. Buyden, La transparence, méridien de l'esprit moderne, Liber amicorum Lucien Simont, Bruylant 2002, p. 939 et N° Spécial de la Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993 (En particulier J. Carbonnier, Propos introductif p. 3 et J.Mestre, Transparence et droit des contrats, p. 72)

Titre 1

LA NOUVEAUTÉ DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

29. La nouveauté représentée par l'introduction de l'exigence de justification par la loi du 13 juillet 1973 relative au contrôle de la cause du licenciement mérite d'être soulignée. Le droit civil et le droit du travail ignoraient auparavant tout mécanisme qui aurait exigé d'un particulier qu'il explicitât les raisons d'un acte.

Cette nouveauté doit non seulement être montrée, elle doit aussi être comprise. L'absence de toute exigence de justification n'est pas uniquement due à un manque d'imagination du législateur. En matière de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, par exemple, la question de savoir si l'employeur doit expliquer les raisons de cette rupture, est débattue dès la fin du XIXe siècle[76]. L'exigence de justification est exclue pour des raisons logiques. Aucun juriste classique n'aurait pu concevoir qu'un particulier ait à expliquer les raisons de ses actes.

L'explication des raisons de l'exclusion de l'exigence de justification (Chapitre 1) précédera l'exposé de la manière dont cette dernière s'est développée dans le droit du travail contemporain (Chapitre 2).

Chapitre1. L'absence de contrôle des raisons d'agir dans les conceptions classiques du droit privé

Chapitre 2. Le développement de l'exigence de justification

---

76. Les débats juridiques qui ont précédé l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 ont duré près de cent ans. Dès 1872, un arrêt de la Cour de cassation reconnaît le caractère discrétionnaire du droit de rupture du contrat de louage de service conclu sans détermination de durée (Civ. 5 février 1872, DP 1873, I, p. 63). Dès cette époque fut débattue l'opportunité d'introduire un contrôle judiciaire sur les motifs de la rupture. Elle le fut notamment lors du vote de la loi du 27 décembre 1890. Cette loi n'impose pas de justifier le licenciement, mais sanctionne uniquement les mobiles abusifs qui pourraient animer l'employeur. Cette perspective ne sera pas modifiée par la réforme du droit de résiliation du contrat de travail par la loi du 19 juillet 1928.

Chapitre1

L'ABSENCE DE CONTRÔLE DES RAISONS D'AGIR DANS LES CONCEPTIONS CLASSIQUES DU DROIT PRIVÉ

30. Les règles du droit privé classique n'obligent jamais les particuliers à expliciter les raisons de leurs actes[77]. Aucune règle n'impose une transparence sur les mobiles qui les animent. Il est par exemple exclu qu'on oblige un contractant à s'expliquer sur les raisons pour lesquelles il a conclu un contrat ou refusé de le faire.

La cause de l'absence de toute exigence de justification est aisée à comprendre : les raisons d'agir, les mobiles pour lesquels agissent les particuliers, sont extérieures au champ juridique. Les règles telles qu'elles sont alors conçues ont pour postulat que les mobiles qui animent les particuliers ne peuvent être un objet de connaissance, et ne peuvent donc conditionner l'application d'une règle de droit (Section 1).

A partir de la fin du XIXe siècle, un mouvement dit de *socialisation* (ou parfois de *moralisation*) conduit à mettre en cause ce postulat. Il devient alors difficilement concevable que les droits soient considérés comme des sphères de pouvoir autonome conférées aux individus. Sont alors mises en œuvre des règles de *contrôle des droits* qui permettent de censurer les actes motivés par des mobiles illicites ou immoraux. Dès cette époque est esquissé un contrôle judiciaire des mobiles. Ces règles connaîtront cependant un développement limité, et demeureront peu effectives car elles n'imposent pas aux sujets de droit d'expliciter les raisons de leurs choix. Les mobiles sont objet d'un contrôle sans imposer spécialement aux particuliers de dévoiler ces raisons (section 2).

Section 1. Les causes de l'exclusion du contrôle des raisons d'agir
Section 2. La timidité du « contrôle » des droits

---

77. Le terme « *classique* » est destiné à caractériser l'état du droit antérieur au dernier tiers du XXe siècle. Les conceptions dominantes des juristes sont alors marquées par une approche quelque peu formelle des règles de droit, qui pourrait s'apparenter à un classicisme dans l'ordre du droit. Elles s'opposent à des conceptions contemporaines du droit, moins formelles, et davantage soucieuses d'une justice distributive, notamment au travers de concepts tels que la bonne foi, la motivation, la proportionnalité… ou la justification.

SECTION 1. LES CAUSES DE L'EXCLUSION DU CONTRÔLE DES RAISONS D'AGIR

31. Les règles du droit privé classique excluent toute obligation de justification des choix opérés par les particuliers. Cette exclusion n'a rien de fortuit. Elle est l'expression d'une conception théorique des règles juridiques solidement ancrée.

Depuis la philosophie des Lumières, la fonction reconnue au droit est la distinction entre les comportements permis et les comportements interdits[78]. Ainsi que l'exprime Kelsen[79], cette séparation est l'expression même de la liberté humaine. Le mécanisme de l'imputation, du lien créé entre une conduite et les conséquences juridiques qu'elle produit, laisse le sujet libre de déterminer sa conduite en connaissance de cause.

La recherche de la liberté –définie comme la possibilité de la prévision des conséquences des actes humains – est au cœur du développement de tous les systèmes juridiques occidentaux. Ce principe demeure clairement exprimé dans les fondements constitutionnels de l'ordre juridique français. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 proclame que l'un des buts de l'association politique est la liberté (Article 2), et qu'il ne peut y avoir de bornes à cette liberté que prévues par la loi (Article 4). Le lien entre liberté et prévisibilité est clairement affirmé.

L'expression de cette fonction de délimitation des comportements permis et interdits assignée au système juridique a longtemps exclu toute référence aux raisons de l'action comme présupposé d'une règle de droit. Ces raisons d'agir sont considérées comme trop contingentes. Leur prise en compte était perçue comme ouvrant la voie à l'arbitraire judiciaire, exclusif de toute liberté pour les sujets de droit. Cette présentation conduit à réfuter la thèse de Josserand selon laquelle les mobiles font l'objet d'un contrôle omniprésent dans notre droit[80]. La force et l'éloquence des propos de cet auteur masquent une construction trop osée, et quelque peu inexacte.

Un examen plus attentif des normes, en distinguant plus précisément celles qui autorisent (§1), celles qui prohibent (§2) des comportements, et celles qui habilitent les sujets de droit à créer des actes juridiques (§3), permettra de comprendre pourquoi un tel contrôle ne peut se voir attribuer qu'une part limitée.

---

78. voir N. Luhman, *L'unité du système juridique*, APD 1986, p. 177 sqq

79. H. Kelsen, Théorie pure du droit, traduction Ch. Eisenmann, dalloz, 1962, p. 125 sqq,.

80. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé (Essais de téléologie juridique, T. 2)*, Dalloz, 1928

§1. RÈGLES PERMISSIVES

32. Création d'une sphère d'autodétermination

Les règles permissives sont celles qui autorisent les sujets de droit à tenir certaines conduites, et leur laissent toute liberté pour ce faire. Kelsen a cependant montré qu'il convient de distinguer la liberté laissée de manière négative aux individus, et celle qui leur est expressément reconnue[81]. Les libertés négatives sont constituées par les conduites que le législateur n'a pas spécialement réglementées. La règle de clôture des systèmes juridiques propre aux États de droit impose alors de considérer les comportements en question comme licites[82]. Ces règles ne confèrent en réalité aucune prérogative aux sujets de droits, elles se contentent de leur permettre d'agir dans la mesure des droits et obligations qui leur incombent. Les libertés positives, objet des normes permissives, sont au contraire des normes qui reconnaissent expressément aux individus une liberté de conduite. Ces libertés sont habituellement définies comme l'attribution aux individus d'un « *pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel* »[83]. Ces règles imposent également que les tiers doivent respecter la sphère d'autonomie définie par le législateur. Il est donc possible d'affirmer que ces règles confèrent aux individus une faculté d'agir, l'acte considéré étant à la fois permis et facultatif[84]. Pour les autorités étatiques, ces règles impliquent l'abstention de toute intervention à l'égard de ces actes, ainsi que la définition de moyens permettant d'éviter que des tiers ne pénètrent dans la sphère d'autonomie reconnue aux sujets de droits. Il découle de cette définition des libertés que les juridictions étatiques ne sauraient à aucun moment s'immiscer dans les raisons d'agir du titulaire d'une liberté afin de déterminer si l'action est licite ou non. Elles ne peuvent donc s'enquérir des raisons pour lesquelles le titulaire d'une liberté a agi ou s'est abstenu de le faire.

33. La Cour de cassation a livré de cette notion une parfaite illustration en matière de grève. Une jurisprudence bien connue a rappelé que les magistrats ne devaient pas porter une appréciation sur le bien fondé des revendications des grévistes afin de décider de la légitimité du mouvement[85]. Le bénéfice d'une liberté reconnue, telle que le droit de grève, exclut ainsi toute appréciation des juridictions étatiques sur les raisons pour lesquelles le titulaire de la liberté a agi. Cette remarque conduit à critiquer le terme d'abus du droit de grève que retient parfois la Cour de cassation. La notion d'abus de droit implique une appréciation sur l'état d'esprit de

---

81. H. Kelsen, prec. p. 57 sqq.

82. Voir l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

83. J. Rivero, *Les libertés publiques*, vol. 1, *Les droits de l'homme*, 7e ed., Puf, 1987, p. 20. De manière proche, voir J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1994, p. 14

84. Voir sur ce point la remarquable analyse de N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 99

85. Soc., 2 juin 1992, Bull. civ. V, n° 356 ; Dr. soc. 1992 p. 696 ; *adde* Paris, 27 janvier 1988, 2 arrêts, (Air Inter), Dr. soc. 1988 p. 242, note J.E. Ray.

celui qui agit[86]. Celle-ci est incompatible avec la notion de liberté. Il semble plutôt que la Cour de cassation institue au travers de la notion d'abus du droit de grève une limite objective à l'exercice du droit de grève. Celui-ci ne peut être couvert par la protection légale lorsque le préjudice causé à l'entreprise est excessif[87]. La notion serait alors plus proche de celle du trouble anormal que de celle de l'abus de droit.

Cette définition des normes permissives, comme l'attribution d'une zone d'autonomie dans laquelle les autorités étatiques ne peuvent s'immiscer, conduit à regarder avec scepticisme la « *découverte* » d'une prétendue liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a, à plusieurs reprises, affirmé que le législateur ne pouvait imposer certaines obligations aux entrepreneurs en raison de la liberté d'entreprendre dont ils bénéficient[88]. Cette liberté a été déduite du droit de propriété. On peut cependant douter du fait que le droit positif reconnaisse véritablement une telle liberté d'agir au chef d'entreprise. L'employeur ne dispose plus dans le droit contemporain d'une aire d'autonomie dans laquelle les juridictions étatiques ne peuvent s'immiscer. Il dispose d'un pouvoir, mais celui-ci s'exerce sous le contrôle du juge. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre n'a, dans ce contexte, guère de sens, et contredit les règles du droit positif.

§2. RÈGLES PROHIBITIVES

34. Définition

Par règles prohibitives, il convient d'entendre les règles qui interdisent d'adopter certaines conduites, ou, à tout le moins, dissuadent de les adopter en assortissant de sanctions les comportements visés. Conformément aux enseignements des logiciens[89], les règles dites *impératives*, qui imposent aux individus de se conformer à des modèles de conduite définis par la loi seront assimilées à ces règles prohibitives. L'obligation pour Pierre d'accomplir un comportement a revient à lui interdire d'accomplir l'action non-a.

Les règles du droit pénal fournissent les exemples les plus caractéristiques des règles de droit prohibitives[90] (A). Le droit civil connaît également de telles normes (B). Nous montrerons comment et pourquoi dans chacun de ces cas les conceptions classiques excluent toute référence aux raisons d'agir.

86. Voir infra p. 76 sqq.

87. Cette tendance est nette dans la jurisprudence sur la distinction entre la désorganisation de l'entreprise et celle de la production : voir Soc., 30 mai 1989, Bull. civ. V, n° 404 ; Soc., 7 avril 1993, Bull. civ. V, n° 111

88. Voir C.Const. 20 juillet 1988, D. 1988, D. 1989, J., p. 269, note F. Luchaire ; C. Const 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale.

89. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e ed., LGDJ 1993, V° *Prohibition*

90. H.L.A. Hart, *The concept of Law*, préc., p. 18 sqq

A. LES MOBILES DANS LE DROIT PÉNAL

Les règles du droit pénal classique ont exclu toute appréhension des raisons d'agir du prévenu. Le présupposé de ces règles ne se réfèrent jamais aux raisons qui ont guidé l'acte. Ce principe est illustré dans la définition de l'élément intentionnel du délit (1) et dans celle des faits justificatifs (2).

1. L'élément intentionnel du délit

35. Mobile et intention

La définition du dol général exclut toute appréhension des mobiles. Le dol nécessite que soient caractérisés un élément matériel et un élément intentionnel. L'examen de l'intention criminelle est cependant ici réduit à la conscience d'accomplir un acte illicite[91]. Garçon distingue ainsi clairement l'intention des mobiles d'un acte. Le mobile, motif qui détermine la volonté du coupable *« échappe certainement à la connaissance du juge »*[92]. Seule l'intention est prise en compte par le juge pénal. Elle est ici définie comme *« la volonté de commettre le délit tel qu'il est incriminé par le la loi »* et « *la conscience, chez le coupable, d'enfreindre les prohibitions légales* »[93]. Encore cette définition est-elle trop imprécise. La *volonté*, en droit pénal ne fait l'objet que d'une appréhension superficielle par le juge. Les auteurs qui ont explicité le sens de cette notion n'ont adopté une conception plus extensive de la volonté. Celle-ci se compose de deux éléments[94]. D'une part, la volonté de commettre le délit, c'est-à-dire la conscience d'accomplir un acte qui fait l'objet d'une incrimination pénale. Cette volonté est, pour ces auteurs, présumée : *« les faits parlent d'eux-mêmes »*[95]. D'autre part, la conscience de transgresser la loi. Celle-ci est irréfragablement présumée en application de l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »[96].

L'appréciation psychologique et concrète des mobiles de l'acte est ainsi quasiment éludée. L'intention est déterminée de manière abstraite, et n'implique aucun examen des mobiles des sujets. Il importe peu dans cette conception que l'individu « *ait agi par haine, par cupidité, par convoitise, par passion amoureuse ou politique, par fanatisme, par pitié ou sous l'influence de la misère ou de la nécessité »*[97]. Il suffit d'agir de manière consciente et volontaire.

Certains auteurs ont ainsi pu oser un parallèle avec la théorie civiliste de la cause. L'élément intentionnel serait ainsi défini « *par rapport à l'infraction, non par rapport au délinquant* »[98]. Il serait alors identique pour chaque catégorie de délit. La culpabilité ne serait alors qu'un « *point sans histoire* » [99]. Le mobile n'influe donc

---

91. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, 15e édition Dalloz, 1994 n° 257

92. E. Garçon, *Code pénal annoté*, Nouvelle édition par M. Rousselet, M. Potin, M. Ancel, Dalloz, 1952, article 1 n° 70 ; Voir également antérieurement M. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 3e ed., 1863, Plon, n° 377 sqq, distinguant l'intention (fait d'avoir tendu l'action vers la production de l'acte) et le motif (raison plus ou moins honteuse pour laquelle cet acte est commis).

93. E. Garçon, prec. n° 77

94. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 6e édition, Cujas, 1984, p. 704 sqq.

95. idem, p. 704

96. idem, n° 550

97. Stefani, Levasseur et Bouloc, prec. n° 257

98. R. Merle et A. Vitu, prec. p. 713.

99. Id. p. 714

que peu sur le dol général. L'analyse rapide des dols spéciaux conduit à la même conclusion.

36. Le mobile dans les dols spéciaux

Les dols spéciaux exigent une volonté plus caractérisée que celle requise pour le dol général, telle l'intention de donner la mort dans le meurtre[100]. Celle-ci peut cependant être déduite des circonstances[101]. De même, le vol requiert-il la volonté de s'approprier la chose d'autrui. Celle-ci peut également être présumée[102], et la chambre criminelle a pris le soin de bien distinguer l'intention et les mobiles, qui semblent demeurer indifférents[103].

Ainsi, les dols spéciaux semblent faire l'objet d'une appréhension de la volonté tout aussi superficielle que celle prise en compte dans le dol général.

Si les mobiles influent peu sur la faute pénale, peuvent-ils influer sur d'autres éléments de la norme pénale ?

2. Les faits justificatifs

37. Conception objective des faits justificatifs[104]

Les faits justificatifs ne peuvent-ils être analysés comme une neutralisation de la règle en raison des mobiles qui animaient la personne qui a agi ? La conception classique des faits justificatifs ne permet guère d'hésitation sur ce point. Comme l'indiquent les termes mêmes, la justification en droit pénal ne peut être procurée que par la présence de *faits*, de circonstances qui permettent de réfuter le caractère fautif de l'acte.

A ce titre, la distinction opérée par la philosophie morale anglaise entre les justifications et les excuses semble essentielle[105]. La justification permet d'exclure la responsabilité de l'auteur de l'acte, car les circonstances dans lesquelles l'acte a été accompli montrent que l'acte n'est pas répréhensible. Ainsi en est-il du bourreau qui exécute un condamné. Les excuses, au contraire, permettent d'exclure la responsabilité de l'auteur en raison des circonstances dans lesquelles l'acte a été accompli, sans pour autant considérer l'acte en lui-même comme légitime. Ainsi en est-il de l'acte accompli de manière accidentelle ou non intentionnelle.

Le droit français semble opérer une distinction similaire, lorsqu'il distingue les causes objectives et les causes subjectives élusives de responsabilité. Les faits justificatifs sont clairement classés par la doctrine parmi les causes objectives d'irresponsabilité. Encore cette classification pourrait-elle être quelquefois discutée, spécialement en ce qui concerne l'état de nécessité. On pourrait hésiter sur le

---

100. art 221-1 N.C. Pen.

101. Crim. 5 février 1997, Bull. crim. n°110

102. Crim. 14 novembre 1972, Bull. crim. n° 342

103. Crim. 8 février 1977, Bull. crim. n° 52 ; Crim. 8 janvier 1992, Bull. crim. n° 5 : « *Le délit de vol est constitué quel que soit le mobile qui a inspiré son auteur, dès lors que la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est constatée* ».

104. Sur la notion de fait justificatif, voir supra n° 12

105. J.L. Austin, *A plea for excuses*, 57 Proceedings of the Aristotelian Society, p. 20 (1956), reproduit in *Philosophical Papers*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 123. Traduction française : *« Un plaidoyer pour les excuses* », in Ecrits philosophiques, Seuil, 1994 ; adde H.L.A. Hart, *The concept of Law*, prec. p. 179

classement de cette notion parmi les causes objectives ou subjectives d'irresponsabilité [106].

Il reste cependant que les faits justificatifs ne permettent nullement d'exonérer le prévenu de sa responsabilité en raison des mobiles qui l'animaient, mais seulement en fonction des circonstances qui ont conduit à son acte [107].

38. Raisons de l'exclusion des mobiles

Ainsi peut-on affirmer, au risque d'une généralisation rapide, que le droit pénal ignore pour l'essentiel les mobiles du prévenu ou leur laisse une portion congrue. Les raisons de cette exclusion doivent pour l'essentiel être recherchées dans le postulat selon lequel le droit n'a pas à sonder le for interne, et n'appréhende que les manifestations extérieures du comportement humain [108]. Ce principe découle d'une conception libérale des rapports sociaux. Il repose également sur des considérations pragmatiques. Les mobiles des agents sont par nature, difficiles à déterminer, et encore plus à prouver. Ainsi que l'expriment MM. Merle et Vitu, les actes humains ne relèvent pas uniquement de la rationalité, et le cerveau humain peut être comparé à un « *chaudron de sorcière* », tant il est difficile de déterminer avec certitude les raisons qui sont à l'origine de nos actes[109].

Les règles du droit pénal classique excluent donc théoriquement la référence aux raisons d'agir des particuliers. Le droit pénal contemporain semble, dans un louable souci de réalisme, au contraire, s'y intéresser de manière croissante. L'état d'esprit du délinquant peut être pris dans la détermination de la peine[110]. L'article 132-24 du Code Pénal indique que le juge « *prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances et de la personnalité de son auteur* ». La tendance à la personnalisation des peines invite ainsi à s'encquérir des raisons de la commission des actes par le délinquant afin de fixer le quantum et le régime de la peine. La manière dont ces mobiles sont appréhendés par le juge comporte pourtant une part de mystère. La Cour de cassation dispense les juges de motiver spécialement leur décision sur ce point[111]. L'appréciation des mobiles demeure en conséquence discrétionnaire.

Ignorées pour l'essentiel des règles du droit pénal, les raisons d'agir échappent également aux règles du droit civil. Les règles de la responsabilité délictuelle constituent le meilleur exemple de règles prohibitives dans le droit civil.

---

106. voir l'historique de la construction de la notion de fait justificatif par E. Lepointe, *Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces*, D.1996, chr. p. 248

107. Encore la distinction n'est-elle pas toujours aussi nette : voir C.A. Versailles, 2e ch. Acc., 18 décembre 1990 ; D. 1993, S. Com. p. 18, note G. Azibert : la seule crainte d'une agression (même si celle-ci était matériellement impossible) peut justifier la légitime défense, dès lors que les circonstances pouvaient rendre vraisemblable la possibilité d'une telle agression.

108. J. Pradel, *Droit pénal général*, 11e ed., Cujas, 1996, n° 460

109. R. Merle et A. Vitu, prec. n° 544

110. Cf. J. Pradel, Droit pénal général, ed. Cujas, 2000, n° 231 sqq. ; M.L. Rassat, Droit pénal général, 2e ed. Puf, 1999, p. 562 ; F. Desportes et F. le Gunehec, Droit pénal génral, 10e ed., Economica 2003, n° 935 sqq.

111. Crim., 19 décembre 1996, Bull. crim. n° 482 ; 22 octobre 1998, Bull. crim. n° 276

B. LA FAUTE DANS LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

39. Notion de faute délictuelle

Les éléments constitutifs de la notion de faute au sens de la responsabilité délictuelle demeurent délicats à déterminer. A la sécheresse de la langue législative, s'est ajoutée une jurisprudence peu explicite, et une doctrine étonnamment laconique. Les auteurs classiques se contentent le plus souvent de définir la faute comme un « *fait illicite* » qui peut être imputé à l'auteur du dommage[112], ou encore un manquement à une obligation préexistante[113]. Cette définition reste cependant très imprécise, car elle ne définit ni le fait illicite, ni les obligations qui engendrent la responsabilité civile. La faute se parait sans doute alors des atours de l'évidence, dispensant les auteurs de la définir précisément. Les auteurs contemporains soulignent volontiers le caractère moraliste de la conception initiale de la responsabilité civile[114].

A compter du XXe siècle, la notion de faute a été précisée. Deux courants doctrinaux peuvent alors être opposés[115]. Le premier développe de la faute une conception morale[116]. Ses auteurs considèrent que la responsabilité ne peut être mise en œuvre que si la conduite est moralement blâmable[117]. La faute doit à cette fin comporter un élément psychologique : la volonté de celui qui agit. Le second met en avant une conception plus « *objectiviste* » de la faute[118]. Selon les tenants de cette conception, la responsabilité civile a pour fonction essentielle d'assurer l'indemnisation des victimes. Celle-ci ne peut dès lors dépendre de l'état de conscience de la personne fautive. L'appréciation de la faute s'opère ici essentiellement *in abstracto*. La faute est appréciée au regard du comportement qu'aurait adopté un homme prudent et avisé.

40. Conception objectiviste de la faute

L'examen de la théorie juridique et de la jurisprudence permet d'affirmer que le droit positif est plus fidèlement décrit par la conception objectiviste que par la conception morale de la faute. Tout au moins est-il aisé de montrer que les mobiles ne sont d'aucune utilité afin de caractériser la faute aquilienne.

En premier lieu, le constat du caractère illicite des mobiles n'est pas un élément nécessaire de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Cette affirmation pourrait surprendre. La faute délictuelle n'exige-t-elle pas par nature la faute intentionnelle, par opposition au fait générateur de la responsabilité quasi

---

112. Voir par exemple Baudry-Lacantinerie et Barde, T15, n° 2854

113. Planiol, *Traité pratique de droit civil français*, 2e ed., Tome 2, n° 863

114. Cf. F. Ewald, *Responsable, mais pas coupable*, Magazine littéraire, juillet-août 1998, p. 44 : « *La philosophie sous-jacente au droit de la responsabilité célébrait les noces de la morale et du droit* ». Adde du même auteur, *Histoire de l'Etat providence*, Grasset, 1996, p. 32

115. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, prec., n° 444

116. F. Ewald, prec. montre que cette conception correspond à la conception initiale de la responsabilité civile

117. Voir dans cette tradition J. Carbonnier, *Les obligations* n° 221

118. G. Viney et P. Jourdain, prec. Cette conception est essentiellement représentée par H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5e édition, par A. Tunc, Montchrestien, 1957 n° 367 sqq.

délictuelle ? La caractérisation d'une telle faute ne conduit-elle pas nécessairement le juge à « *étudier un état d'âme, à sonder une conscience* » [119].

Il serait erroné de considérer que la faute délictuelle conduit à un tel examen. Comme en matière pénale, l'intention n'est explorée que d'une manière superficielle. L'intention dolosive est le plus souvent déduite du contexte de l'acte. En outre, la responsabilité délictuelle n'exige pas que cette intention soit caractérisée. L'article 1383 du Code civil assimile complètement la faute délictuelle et la faute quasi délictuelle. Le régime juridique de la responsabilité est le même dans les deux cas. La responsabilité de l'auteur d'un acte ne requiert dès lors nullement que soit établie son intention coupable.

41. Appréciation in abstracto et appréciation in concreto

De plus, la faute délictuelle proprement dite peut être établie par le simple écart de conduite par rapport au modèle de comportement du *bonus pater familias*, sans que l'intention soit caractérisée. La faute est ici appréciée pour l'essentiel *in abstracto*. Dans certains cas, les magistrats semblent appréhender de manière plus concrète le comportement du fautif. Cette appréciation, dite *in concreto*, ne prend cependant en compte que des caractéristiques psychiques, sociales ou physiques du fautif, telles son âge, ses convictions religieuses ou son infirmité[120]. Elle ne se réfère nullement aux ressorts psychologiques de l'agent. Les ressorts concrets de l'action ne sont donc ni un facteur de responsabilité, ni un facteur d'exonération. L'appréciation de la faute se fait toujours en référence à un modèle abstrait de comportement, même si les juridictions acceptent un modèle qui n'est pas universel, et qui intègre certaines caractéristiques sociales des individus. Certains auteurs ont pu affirmer que les juges refusent en réalité de prendre en considération les mobiles psychologiques qui animent les individus. M. Tunc affirme ainsi que « *le juge ne peut considérer les hommes que de l'extérieur. S'il prétend les pénétrer, il commencera à entrevoir les raisons de leurs défauts et il ne se permettra jamais de les condamner* »[121]. La définition de la faute aquilienne ne requiert donc pas un examen de l'intention plus élaboré que celui exigé par la faute pénale.

Les raisons d'agir sont donc pratiquement indifférentes au constat de la faute aquilienne. Elles semblent également l'être à la gradation de la faute.

42. Faute qualifiée

Signalons enfin que certains régimes de responsabilité exigent que la faute soit caractérisée comme une faute lourde, une faute dolosive, ou une intentionnelle[122]. Sans qu'il soit besoin d'entrer dans les détails, il peut être affirmé que ces degrés de la faute renvoient soit à la faute d'une particulière gravité, soit à la faute intentionnelle. Ces degrés de la faute sont appréciés *in abstracto*. Les mobiles du fautif ne sont pas véritablement pris en compte pour la détermination de ces fautes[123].

---

119. H. et L. Mazeaud, prec., n° 409.

120. G. Viney et P. Jourdain, prec. n° 472

121. A. Tunc, *Intervention au colloque de Bâle de 1968 sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Travaux de ce colloque, 1973, p. 203-204, cité par G. Viney et P. Jourdain, prec. n°444, p. 325

122. voir G. Viney*, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, chr. p. 264 ; G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 594 sqq.

123. Cf. G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 624 sqq

43. Il apparaît donc que le droit de la responsabilité délictuelle se soucie peu des raisons pour lesquelles l'acte a été commis. Ceci résulte d'une part de l'absence d'intérêt pratique de la distinction entre faute délictuelle et faute quasi délictuelle, d'autre part de l'assimilation de la faute lourde à la faute intentionnelle. La condamnation à réparation ne requiert de ce fait nullement l'examen des mobiles de celui qui a agi.

Cette opération est probablement éludée en raison du postulat libéral qui veut que le magistrat ne juge pas les intentions mais seulement les actes. Le raisonnement des pénalistes selon lequel les mobiles sont impossibles à connaître peut être transposé dans le droit civil. Ce postulat est très bien résumé par une citation d'un juge anglais du moyen-âge : « *la pensée d'un homme ne doit pas être recherchée en justice, car le Diable lui-même ne reconnaît pas la pensée d'un homme* »[124].

Il apparaît ainsi que les normes pénales et civiles destinées à interdire des conduites humaines ne prennent pas en considération les raisons d'agir des sujets de droit. Cette démonstration peut également être apportée pour la dernière catégorie de normes étudiée : les normes d'habilitation.

§3. RÈGLES D'HABILITATION

44. Notion de règle d'habilitation

Les règles permissives et les règles d'habilitation sont rarement distinguées. Par règles d'habilitation, il faut entendre les règles qui habilitent les sujets de droit à aménager leur situation juridique, en créant des obligations auxquelles le système juridique reconnaît force obligatoire. Il est ainsi permis aux sujets de droit de tester, ou de conclure des contrats. Il sera reconnu à ces actes la force juridique que les sujets entendaient leur conférer[125]. La reconnaissance de la spécificité de cette catégorie de normes par rapport aux autres règles du droit privé a déjà été avancée par Kelsen, qui considère le contrat comme norme juridique créée par des particuliers[126]. Hart a systématisé la distinction entre règles prohibitives et règles d'habilitation[127].

La spécificité des normes d'habilitation permet aisément de comprendre les raisons essentielles de l'absence de prise en compte des raisons de l'action dans le droit des contrats.

A LES MOBILES DANS LA FORMATION ACTES JURIDIQUES

45. L'examen des règles qui confèrent aux sujets de droit le former des actes juridiques permet de comprendre aisément que l'élaboration et l'exécution de ces règles privées exclut la prise en considération des mobiles des agents juridiques.

---

124. Citation du Chief Justice Brian in H. et L. Mazeaud, prec. p. 482

125. Voir la définition de l'acte juridique par J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations, I. L'acte juridique*, n° 60

126. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, prec, p. 342 sqq.

127. H.L.A. Hart, *The concept of Law*, prec. p. 27 sqq

Pour l'essentiel, les règles de validité des contrats définies à l'article 1108 du Code civil se réduisent à l'exigence de l'expression d'une volonté libre et éclairée.

1. Vices du consentement

46. Erreur sur l'objet, erreur sur les mobiles

Selon Josserand, l'erreur - vice du consentement est « *celle qui affecte les mobiles* » auxquels la victime avait obéi[128]. Il tempère cependant cette définition en précisant que seuls les motifs en rapport étroit avec le contrat sont pris en compte, à l'exclusion des autres mobiles[129]. L'imprécision de ces assertions rend mal compte du droit positif. Les mobiles sont en réalité pratiquement exclus de l'appréciation de l'erreur - vice du consentement.

L'erreur n'est prise en compte que lorsqu'elle porte sur un élément objectif de l'accord des parties. Le droit français a toujours refusé de prendre en compte l'erreur sur les mobiles[130]. L'erreur sanctionnée par l'annulation est une erreur sur l'objet des prestations contractuelles. Il est parfois affirmé que l'erreur sur les mobiles est prise en compte lorsqu'elle porte sur un motif déterminant[131]. La jurisprudence semble cependant plus rigoureuse, en exigeant que l'erreur porte sur l'objet même de l'obligation[132].

Il n'est guère contestable que des éléments d'ordre psychologique sont pris en compte dans l'appréciation de l'erreur. Celle-ci exige d'appréhender les représentations du contractant au moment de la conclusion du contrat[133]. Ces représentations sont cependant largement objectivées. Les mobiles sont pris en compte lorsqu'ils peuvent être établis à partir d'éléments objectifs. Ainsi, dans le cas de la vente des œuvres d'art, qui absorbe une grande part du contentieux en la matière, les représentations des contractants seront établies par la manière dont le catalogue de la vente est rédigé[134]. Si des représentations psychologiques sont ici prises en compte, elles devront donc être matérialisées par des éléments objectifs permettant de les appréhender. Ainsi, bien que les mobiles soient les ressorts concrets de l'engagement contractuel, ils demeurent pour l'essentiel indifférents aux règles de droit. La sécurité juridique exige que la simple erreur sur les mobiles du contractant ne soit pas une cause de nullité dans les contrats[135].

47. Dol

Le dol est généralement défini comme un délit civil provoquant un vice du consentement chez le cocontractant[136]. Il convient d'examiner si les mobiles de l'auteur du dol et ceux de l'*errans* sont appréhendés par la règle de droit.

---

128. L. Josserand, *Les mobiles*, prec., n° 69

129. id.

130. Voir J. Ghestin, *La formation du contrat*, n° 508 sqq.

131. Ripert et Boulanger, T. 2, n° 161

132. J. Ghestin, prec. n° 509 ; cf. Civ. 3 août 1942, D.A. 1943, 18 ; Civ. 1ère, 13 février 2001, Rev. trim. dr. civ. 2001, p. 352 obs. B. Fages et J.Mestre

133. Voir G. Vivien, *De l'erreur déterminante et substantielle*, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 305

134. Flour et Aubert, T. 1 n° 206

135. H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923 n° 4 p. 14

136. Voir par exemple P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations* n°413 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, *Les obligations* n°222 sqq.

Le dol exige d'abord que l'intention coupable de l'auteur de celui-ci soit établie[137]. L'article 1116 du Code civil exige des « manœuvres », ce qui suppose une volonté de tromper par la mise en œuvre d'artifices. Ceux-ci peuvent être constitués de mises en scènes, de mensonges, ou d'un silence volontairement gardé. L'intention coupable n'a cependant pas plus à être caractérisée en cette hypothèse qu'en matière de responsabilité pénale ou délictuelle[138]. Ainsi, dans les cas où les manœuvres résultent du silence gardé par le cocontractant (dol par réticence), la Cour de cassation n'exige nullement que soient concrètement examinés les mobiles de l'auteur du dol. Ceux-ci sont le plus souvent présumés au seul regard des faits.[139].

Le dol doit provoquer chez le cocontractant un vice du consentement. L'appréciation de l'erreur chez le cocontractant ne diffère guère de celle connue en matière d'erreur[140].

48. Violence

Les mêmes remarques peuvent être formulées pour la violence. S'impose ici le constat de la facilité avec laquelle sont caractérisées l'intention coupable et l'atteinte au consentement[141]. Les effets de la violence sur le consentement ont pour particularité d'être appréciés *in concreto* (article 1112 al. 2). Cette méthode impose de prendre comme modèle d'appréciation un homme « *situé* », au regard de son âge, de son sexe et de sa « *condition* ». Elle ne demande cependant pas un examen attentif des effets concrets de la violence sur le consentement. La Cour de cassation admet ici aussi le recours à des présomptions afin d'établir ces effets[142].

2. Objet et cause

49. Refus de contrôler l'utilité économique du contrat

Sans que la question mérite d'être développée, il est évident que l'examen de l'objet des obligations des contractants ne requiert aucun examen des mobiles des contractants. Comme son nom l'indique, l'objet permet un contrôle objectif des prestations dues par chacun des contractants, à l'exclusion de tout examen subjectif de la volonté. L'examen de l'existence et de la détermination de l'objet permet de s'assurer que la prestation promise est possible et déterminée, c'est-à-dire indépendante du seul vouloir du créancier. Cet examen rudimentaire permet d'éluder tout examen de l'utilité économique du contrat[143].

50. Double conception de la cause

---

137. Voir J. Ghestin, prec., n° 561

138. v. supra p. 28

139. Voir par exemple Civ. 3e, 20 décembre 1995, Bull. civ. III, n° 268, CCC 1996, p. 55, n. Leveneur : la Cour d'appel avait « *constaté* » que le vendeur avait la connaissance d'un projet immobilier sur un terrain voisin, amené à priver d'ensoleillement le bien vendu. Ce critère était déterminant pour l'acquéreur, ce que le vendeur « *ne pouvai[t] ignorer* ». De même, lorsque les banques manquent à leur devoir d'information à l'égard des cautions sur la situation financière du débiteur, la connaissance du passif de ce dernier par la banque semble présumée. Civ. 1ère 18 février 1997, Bull. civ. I. n° 61.

140. Voir supra n°46 Cette erreur est ici définie de manière moins restrictive. Il n'est pas requis qu'elle porte sur les qualités substantielles de la chose. Elle doit néanmoins avoir déterminé le consentement de l'errans. V. J. Ghestin, prec. n°557 sq.

141. Voir J. Ghestin, prec. n° 579 sqq

142. Voir par exemple Com 28 mai 1991, D. 1991, Somm. p. 385, note L. Aynès

143. Ripert et Boulanger, T.2 n° 241

Les incertitudes qui entourent la définition de la cause dans le droit des obligations exigent quelques précisions, malgré le caractère bien connu de ces questions[144].

Deux conceptions de la cause s'affrontent dans notre droit. Dans la première, abstraite et objective, la cause est le but immédiat poursuivi par le contractant, la recherche de l'effet attendu de l'obligation. Ainsi, dans un contrat de vente, la cause de l'obligation de l'acquéreur réside-t-elle dans la contrepartie attendue de l'obligation, à savoir la livraison et le transfert de propriété sur le bien vendu. La cause est donc ici de la « *causa proxima* », la raison directe de l'engagement du contractant.

Dans une seconde acception, la cause peut s'entendre de manière subjective et concrète. Elle renvoie alors aux mobiles, raisons concrètes qui ont poussé le contractant à conclure un acte juridique. Cette cause est alors la cause éloignée, la « *causa remota* ». Pour revenir à l'exemple précédent, il s'agirait ici de savoir pourquoi le contractant a conclu le contrat de vente : revendre le bien, en faire don, etc.

Ces deux conceptions ne sont pas totalement étrangères. Dans les deux cas, la cause est conçue comme la « *causa finalis* », la raison de l'engagement[145]. Alors que la cause objective renvoie à l'intention, c'est-à-dire la volonté d'obtenir les conséquences qui découlent immédiatement de l'acte[146], la cause subjective renvoie aux mobiles plus éloignés, aux raisons d'agir. La cause subjective peut alors être présentée comme « *la cause de la cause, le pourquoi du pourquoi* »[147].

51. Dualité de la notion de cause dans le droit positif

Il est devenu impossible aujourd'hui de conférer une signification unique à la notion de cause. A la suite de M. Maury[148], un consensus s'est dégagé dans la doctrine pour distinguer deux acceptions distinctes de la notion[149]. *L'existence* de la cause continue à être définie par référence aux motifs immédiats, à l'intention qui anime le contractant. Il est donné à la *licéité* de la cause une acception plus subjective. Elle est l'un des domaines dans lesquels le contrôle des droits s'est développé depuis le début du XXe siècle. Sa caractérisation exige que soient appréhendés certains mobiles de l'agent[150].

---

144. Cf. H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923 ; J. Maury, Rep. Civ. Dalloz, 1970 ; Josserand, Les mobiles en droit privé, prec. n° 108 sqq.

145. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les obligations*, T.1, n° 297. Cette cause finale s'oppose à la « *cause efficiente* » telle que l'envisageait le droit des contrats romain. Il s'agit alors de savoir pourquoi l'acte produit des effets de droit. Dans la conception formaliste du droit romain, ces effets étaient produits par l'accomplissement de « rituels » le prononcé de paroles (*verba*), ou dans la stipulation de formules exécutoires dans l'acte (*littera*). Voir Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, Tome II, LGDJ 1957, n° 280

146. L. Josserand, *Les mobiles*, prec., n° 14

147. Baudry-Lacantinerie et Barde, prec. n° 302

148. *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920, Rep. Civ. Dalloz, v° Cause, 1970

149. Flour et Aubert, prec. n° 277, J. Ghestin, prec. n° 834 ; J. Carbonnier, n° 58 ; Starck, n° 752, Terré, Simler et Lequette, n° 317

150. voir infra 68

L'existence de la cause est toujours appréciée de manière objective. Elle ne nécessite aucun examen des raisons concrètes du vouloir qui anime le contractant. Le seul examen de l'acte permet de déterminer l'existence de la cause.

Cette proposition mérite néanmoins d'être nuancée lorsque l'appréciation porte sur les actes à titre gratuit. L'affirmation selon laquelle la cause d'une libéralité réside dans *l'animus donandi* du débiteur est dénuée de sens. Ainsi que les anticausalistes l'avaient fait remarquer, l'intention libérale étant le propre des actes à titre gratuit, l'examen de la cause objective se confond avec celui du consentement. La Cour de cassation a donc développé de la cause des libéralités une conception plus subjective. Dans un célèbre arrêt du 6 octobre 1959, la Cour de cassation a affirmé que « *la cause d'une libéralité réside dans le motif déterminant qui l'a inspirée* »[151]. Cette affirmation a été proférée dans une espèce dans laquelle était examinée la licéité d'une libéralité (libéralité faite à une concubine). Elle peut aisément être transposée aux questions d'existence de la cause de ces actes, tant serait insensée l'idée d'une cause abstraite pour les contrats à titre gratuit.

52. Incertitudes contemporaines

La conception contemporaine de l'existence de la cause semble aujourd'hui entrée dans une zone de turbulences. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait semblé marquer son attachement à la définition classique de la cause. Elle affirma que la cause de l'obligation devait être clairement distinguée de la cause du contrat[152]. La première, appréhendée lors de l'examen de l'existence de la cause, se définit comme la cause objective. La seconde, appliquée pour le contrôle de la licéité de la cause, est définie comme *« le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel* [le débiteur] *ne se serait pas engagé* ». Des arrêts ultérieurs ont montré de l'existence de la cause une conception plus subjective. La Cour de cassation semble admettre que les mobiles qui animent les contractants peuvent entrer dans le champ contractuel plus aisément que naguère. La jurisprudence sur les groupes de contrats en fournit une intéressante illustration. La Cour de cassation a pu admettre que lorsque deux contrats sont « *intimement liés* » (sic), ils peuvent être considérés comme pourvus d'une « *cause unique* »[153]. L'annulation d'un contrat de vente pour cause illicite peut dès lors entraîner la caducité du contrat de prêt destiné à financer l'acquisition. Cet arrêt traduit une « *subjectivisation* » de la notion de cause[154].

La Cour de cassation semble accepter que deux contrats trouvent une cause unique dès lors que les parties ont entendu inscrire leurs relations dans le cadre d'un groupe de contrats[155]. Elle paraît ainsi admettre la possibilité que le contrôle de l'existence de la cause puisse servir d'instrument de contrôle de l'utilité économique

151. Civ 1ère, 6 octobre 1959, D. 1960, J. p. 515, note P. Malaurie ; JCP 1959, II, 11305, note P. Esmein

152. Civ. 1ère 12 juillet 1989, JCP 1990, II, 21546 n. Dagorne-Labbé ; D. 1991, somm. 320 n. Aubert

153. Civ. 1ère, 1er juillet 1997, D. 98, J. p. 32, note L. Aynès ; id. Somm. p. 110, obs. D. Mazeaud

154. v. D. Mazeaud, obs. prec.

155. A. Benabent, *Les obligations* n° 189

du contrat, ou encore de celui des attentes légitimes des contractants[156]. Cette remarquable évolution de la cause a été expressément mise en avant par la Cour de cassation. Elle a considéré qu'un contrat privé de toute contrepartie réelle au regard de l'économie voulue par les parties était dépourvu de cause[157].

Il semble donc que les mobiles des contractants soient davantage pris en compte pour l'appréciation de l'existence de la cause. Il convient néanmoins de remarquer que la Cour de cassation prend soin de préciser que ces mobiles doivent être des mobiles partagés par les contractants[158], ou, à tout le moins, connus du créancier. Il est donc exigé une extériorisation de ces mobiles, afin qu'un tel contrôle puisse être envisagé. La Cour note que son contrôle s'exerce au regard de « *l'économie voulue* » par les contractants. Elle présente donc cet équilibre contractuel comme l'objet même de l'engagement des parties. A ce titre, le renforcement du contrôle de la cause des obligations n'est finalement pas très différent d'un contrôle des mobiles incorporés à l'objet du contrat. On se gardera donc de conclure que la notion contemporaine de cause de l'obligation autorise un véritable contrôle des mobiles qui animent les contractants.

Le contrôle des mobiles est par conséquent exclu au titre de l'examen de la validité du contrat. Il l'est également au titre de l'exécution du contrat.

B. LES MOBILES DANS L'EXÉCUTION DES CONVENTIONS

Le principe de la force obligatoire du contrat exige un strict respect des prévisions contractuelles (1). La responsabilité contractuelle est donc en principe indifférente aux raisons pour lesquelles le contrat n'a pas été exécuté (2).

1. L'exécution des obligations

Le contrat doit être strictement exécuté, sous réserve de la prise en compte de la bonne foi qui doit animer les contractants (a), à moins que la rupture unilatérale n'en soit autorisée (b).

a)La bonne foi

53. 1134 al. 3 vs 1134 al. 1

L'exécution des conventions requiert un strict respect des prévisions contractuelles. Cette règle est formulée par l'article 1134 al. 1 du Code civil. Les difficultés d'exécution qui pèsent sur le débiteur sont indifférentes au droit. Le refus de tenir compte des motifs qui pourraient rendre difficile l'exécution est d'ailleurs très ferme dans le droit civil, comme le montre le refus de l'application de la théorie de l'imprévision. Le changement de l'équilibre économique du contrat induit par l'inflation ne permet pas au débiteur d'exiger la révision du contrat.

---

156. D. Mazeaud, prec. ; certains auteurs, au nom de la rigueur de la langue juridique, s'insurgent aujourd'hui contre l'idée d'une économie du contrat : cf. J. Moury, *Une embarrassante notion : l'économie dans le contrat*, D. 2000, chr. p. 382

157. Civ. 1ère, 3 juillet 1996, D. 1997, p. 500, note P. Reigné ; JCP 1997, I, n° 4015, note F. Labarthe ; Def. 1996, art. 36381, p. 1015, obs. P. Delebecque

158. arrêt prec.

Le droit civil moderne a complété et nuancé l'exigence de la stricte exécution des obligations par la « *découverte* » de la bonne foi dans l'exécution des conventions. La bonne foi exige non seulement de la part du débiteur un « *supplément d'âme* »[159] dans l'exécution de ses obligations, mais également une attention particulière du créancier, qui ne peut exiger l'exécution des obligations du créancier sans prendre en considération la situation particulière du débiteur. M. Bénabent a pu affirmer que cette exigence traduisait une conception moins « *coloniale* » des contrats[160]. Le créancier ne peut exiger un strict respect des stipulations contractuelles lorsque cette exécution du contrat pourrait porter un préjudice grave aux intérêts du débiteur[161].

54. Une règle d'équité

Il ne fait guère de doute que le droit classique des contrats ne conférait aucune valeur particulière à l'article 1134 al. 3. Celui-ci était simplement perçu comme redondant avec le premier alinéa de ce texte : il imposait le débiteur à exécuter pleinement les obligations souscrites sans pourvoir arguer des difficultés de l'exécution[162]. La bonne foi contratctuelle n'a donc en rien conduit à contrôler les mobiles des contractants.

La portée exacte de l'interprétation nouvelle de l'article 1134 al. 3 est plus difficile à cerner. Ne conduit-elle pas à un examen des mobiles des contractants ? La bonne foi peut aujourd'hui être analysée comme une exigence d'attention portée à la situation du cocontractant. Son examen peut donc aboutir à un examen concret des ressorts de l'action. Une telle recherche n'est cependant pas systématique. L'acception donnée par les décisions à la notion de bonne foi est rarement rigoureuse. Aussi le plus souvent se limitent-t-elles à une préoccupation à l'égard d'un débiteur mis dans une situation difficile à la suite des agissements du créancier, sans que la nature de la faute de ce dernier soit véritablement examinée[163].

Aussi la mauvaise foi est-elle le plus souvent déduite de l'utilisation d'un droit portant un préjudice au créancier. Elle ne requiert pas vraiment un examen des raisons qui animent l'action du créancier[164].

b) La rupture unilatérale du contrat

55. Le contrat doit être exécuté conformément aux prévisions des parties. Il doit en conséquence être exécuté jusqu'à son terme, à moins que les parties n'acceptent de le rompre par consentement mutuel (1134 al. 2). Par exception, il peut être mis fin au contrat soit par la résolution judiciaire soit par un acte unilatéral. Il peut être

---

159. Expression de C. Jamin, D. 1995, J. p. 389

160. A. Bénabent, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Trav. Ass. Capitant, T. XLIII, *La bonne foi*, Sirey, 1992, p. 291

161. Sur la bonne foi : cf. Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ 1989 ; L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in J. Mestre (dir.), Le juge et l'exécution du contrat, PUAM 1993, p. 57 ; G. Lyon-Caen, De l'évolution de la bonne foi, Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 75 ;

162. A. Bénabent, prec.

163. Voir en ce sens Civ. 1ère, 23 janvier 1996, D. 1997, J p. 571, note P. Soustelle. Le fondement contractuel ou délictuel de la responsabilité en ce cas de manquement à la bonne foi est d'ailleurs discuté : cf. civ. 3ème, 5 novembre 2003, RDC juillet 2004, p. 647 obs. Ph. Stoffel-Munck.

164. Voir cependant infra, n° 110 sur l'exception que constitue l'utilisation de la bonne foi dans le contrôle de la rupture des contrats de dépendantce.

tentant, au regard des évolutions du droit contemporain, de considérer que ces modes de rupture exigent que le contractant soit mû par des mobiles légitimes. Il apparaît pourtant qu'une telle appréciation était exclue des règles classiques du droit privé et que le droit contemporain ne lui octroie pas une place très importante.

56. La résolution

L'article 1184 du Code civil permet aux juges de prononcer la résolution des contrats synallagmatiques. L'unique critère énoncé par ce texte est le manquement aux engagements souscrits par le débiteur. L'appréciation des juges est en conséquence de type objectif. L'état d'esprit du débiteur importe peu. La résolution peut être prononcée même lorsque l'inexécution n'est pas fautive[165]. Les motifs du créancier n'ont donc pas à être pris en considération pour le jeu de la résolution.

Des décisions contemporaines ont semé un certain doute dans le domaine proche du jeu des clauses résolutoires. La Cour de cassation a considéré que la bonne foi du débiteur faisait échec au jeu des clauses résolutoires[166]. La mise en œuvre des clauses résolutoires aurait alors exigé un examen des motifs des contractants. La jurisprudence ultérieure semble cependant être revenue à une lecture plus classique de l'article 1184 du Code civil. L'exigence de bonne foi du créancier dans la mise en œuvre des clauses résolutoires ne permet que de censurer son intention malveillante[167]. Le caractère légitime de ses mobiles n'a pas à être recherché.

57. La rupture unilatérale à l'initiative des parties

La jurisprudence contemporaine a ajouté à la possibilité de demander la résolution du contrat au juge la faculté de rompre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution du débiteur[168]. Cette hypothèse est à bien distinguer de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. La Cour de cassation admet ce mode de rupture même pour les contrats à durée déterminée[169]. La condition posée par la Cour de cassation est que le manquement du débiteur soit d'une gravité qui justifie cette rupture anticipée[170]. La Cour a précisé que cette rupture est faite « *aux riques et périls* » du créancier. Cette formule indique que la gravité du comportement est laissée à l'appréciation des juges. Ces derniers disposent du pouvoir d'octroyer des dommages et intérêts si la gravité n'est pas considérée comme suffisante[171]. La référence à la gravité du manquement conduit-elle à une prise en considération des mobiles du créancier ? Certaines décisions du fond ont paru l'admettre[172]. Il semble cependant plus prudent de retenir une conception objective de la gravité.

---

165. Civ. 14 avril 1891, DP 1891.1.329 obs. Planiol ; Civ. 1ère 12 mars 1985, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 346, obs. Mestre

166. Civ. 3e 13 avril 1988, D. 1989, n. J.L. Aubert

167. Cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, prec. n° 664

168. Civ. 1ère, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 197 notre Jamin, Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 394 obs. Mestre

169. Civ. 1ère, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568, note C. Jamin, et som. p. 3239 obs. D. Mazeaud ; Rev. trim. dr. civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages

170. Civ. 1ère, 28 octobre 2003, RDC avril 2004, p. 273, obs. L. Aynes, obs. D. Mazeaud.

171. Les juridictions n'ont jusqu'ici admis qu'une sanction de type indemnitaire : voir en particulier Com. 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 260, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 123 obs. J. Mestre

172. Paris 7 novembre 1996, JCP 1997, II, 22857 note P. Mousseron se référant à la possibilité de rompre le contrat de distribution pour perte de confiance

L'inexécution grave serait alors assimilabe au manquement à une obligation essentielle du contrat[173]. La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais exigé en la matière ni le respect d'une procédure ni la motivation de la rupture. Le contrôle des motifs est dès lors des plus difficiles.

Le contrôle des motifs est également le plus souvent exclu dans l'hypothèse voisine de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée.

58. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée

La prohibition des engagements perpétuels a conduit la jurisprudence à considérer que les contrats dont la durée n'est pas déterminée étaient librement résiliables, même lorsque le Code civil ne prévoyait pas une telle faculté[174]. Les juridictions estimèrent d'abord que cette faculté était implicitement inscrite dans le contrat, puis elles ont reconnu que cette faculté de rupture est inhérente aux contrats à durée indéterminée dont le terme n'a pas été prévu[175]. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'une telle faculté découle du principe de liberté de l'article 4 de la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen[176]. La résiliation est donc analysée comme une faculté discrétionnaire : celui qui rompt le contrat n'a en principe pas de motifs à donner. La seule limite opposée à cette liberté est l'abus du droit de rupture. Ce dernier s'analyse le plus souvent comme une sanction des mobiles illicites. On ne peut considérer qu'il emporte vraiment une obligation de justifier la rupture[177].

Par exception, les règles contemporaines relatives à certains contrats spéciaux imposent la motivation de la rupture. Ces règles ne sauraient cependant être considérées comme des règles classiques du droit des contrats et correspondent à un mouvement contemporain de renforcement du contrôle des pouvoirs dans les conventions[178].

En dehors de ces règles exceptionnelles,les raisons d'agir sont donc de peu d'importance pour l'exécution des obligations. Elles le sont également lorsque la responsabilité contractuelle est mise en œuvre.

2. La responsabilité contractuelle

59. Inexécution

La responsabilité contractuelle prend pour mesure de l'inexécution la seule aune de la violation des prévisions contractuelles. Peu importent les raisons pour lesquelles les stipulations contractuelles n'ont pas été respectées : la seule méconnaissance des termes du contrat est vue comme une inexécution. A ce titre, certains auteurs, souhaitant une utilisation plus cohérente des notions du droit civil, ont prôné l'abandon de la notion de faute contractuelle, au profit de la seule notion

173. Cf. D. Mazeaud, prec. note 170

174. B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris II, 1973, p. 21

175. Civ. 1ère , 5 février 1985, Bull. civ., I, n° 54

176. C.Const, 9 novembre 1999, (décision relative au Pacte civil de solidarité), Rev. trim. dr. civ. 2000, p. 109, obs. J. Mestre.

177. Cf. infa n° 76 sqq. sur l'analyse de cette notion

178. Cf. infa n° 107

d'inexécution[179]. Cette volonté de distinguer responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle est louable d'un point de vue théorique. D'un point de vue pratique, l'imbrication et la confusion des notions issues des deux « *branches* » du droit de la responsabilité sont telles que ce projet est difficilement imaginable[180].

La notion de faute demeure au cœur de l'appréciation de la responsabilité contractuelle. Celle-ci est appréciée de manière différente selon que le débiteur a contracté une obligation de moyens ou de résultat. Lorsque l'obligation est de résultat, l'absence de réalisation du résultat suffit à prouver la faute du débiteur. En revanche, si l'obligation est de moyens, l'établissement de la faute requiert que soit prouvé le manquement à la prudence ou à la diligence. La responsabilité exige l'appréciation de la faute sur un modèle proche de celui de la faute délictuelle[181]. L'appréciation s'effectue alors pour l'essentiel *in abstracto*, et exclut toute appréhension des mobiles des contractants.

Exclus de l'appréciation de la faute, les mobiles le sont également de celle des conditions de l'exonération. La cause étrangère permet pour l'essentiel de montrer que l'événement n'a pas été causé par le débiteur[182]. La cause étrangère ne peut donc se définir que par la présence de faits, d'événements dont l'existence dans le monde sensible peut être établie[183].

60. Conclusion : la force du volontarisme juridique

En résumé, il apparaît que les raisons d'agir ne sont pas totalement ignorées des règles d'habilitation, mais qu'elles n'y prennent qu'une place fort mineure. Cette situation n'est pas fortuite. Elle provient d'un postulat essentiel du positivisme juridique. Les conventions, comme les autres normes, ne peuvent qu'être le produit de la volonté humaine[184]. La reconnaissance de la force obligatoire des contrats n'est ainsi qu'une application du volontarisme juridique. La volonté, source de la production des normes n'est cependant pas objet d'une définition juridique précise. Ainsi que le note M. Grzegorczyk, la volonté est une notion *axiomatique* de la pensée juridique[185]. Elle est un terme premier de l'analyse, et ne peut être comprise que pour elle-même, comme un « *acte de volition* ». Cette conception réductrice de la volonté humaine se satisfait donc d'une appréhension de la production des actes juridiques et de leur exécution au regard du seul critère de l'intention, sans porter attention aux ressorts concrets de l'action. La production des actes juridiques est

179. Ph. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, Rev. trim. dr. civ. 1997,* p. 323 et D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, Rev. trim. dr. civ. 1994, 223 ; *Pourquoi parler de faute contractuelle ?* Mel. G. Cornu, Puf, 1995, p. 429 ; E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 24 ; plus critique voir P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 771

180. En ce sens, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, prec. n° 439 adde infra sur l'abus de droit comme intrusion des principes de la responsabilité délictuelle dans le droit des contrats.

181. voir supra p. 28

182. G. Viney et P. Jourdain, prec. n° 383

183. Voir notamment A. Tunc*, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1945 p. 239, n° 5 : « *Prouver la force majeure, c'est établir le fait précis qui a empêché la réalisation du résultat* »

184. M. Troper, C. Gzregorczyk, F. Michaut, *Le positivisme juridique*, LGDJ 1992

185. ibid. p. 31 sqq. Ces développements concernent la production des normes légiférées, conçues comme des actes de volonté. Elle peut aisément être transposée à la production des normes contractuelles.

conçue, à l'instar des autres droits subjectifs comme le produit d'un « *pouvoir de la volonté* ». Cette conception étroite de la volonté peut être vue comme l'un des postulats essentiels de l'individualisme libéral[186].

Plus généralement, l'exclusion de l'appréhension des raisons d'agir dans l'ensemble des normes du droit privé traduit des préoccupations pragmatiques et politiques.

De manière pragmatique, il semble quasiment impossible d'établir avec certitude quels sont les ressorts concrets de l'action. Ils ne peuvent faire l'objet d'une opération de preuve. Quand bien même le sujet aurait fait connaître ses mobiles, ceux-ci ne pourraient être établis avec certitude, tant les ressorts de l'action sont nombreux, variables et contradictoires.

Les conceptions politiques du droit excluent enfin que le droit appréhende le for interne des sujets de droit. La distinction du droit et de la morale conduit à exclure du champ juridique l'examen du for interne, laissé à la conscience. Le droit positif ne peut donc considérer les comportements humains qu'au regard de leurs manifestations extérieures.

Les règles classiques du droit privé ne prennent par conséquent pas en compte les mobiles des sujets de droit. Il convient de préciser que les règles appliquées aux relations de travail au XIXe siècle et au début du XXe siècle ne dérogent nullement à ces règles. Au contraire, la volonté de protéger l'autorité du chef d'entreprise a d'abord généré un droit autoritaire dans lequel nulle justification et nul contrôle n'étaient admissibles[187]. « *Charbonnier maître chez soi* » est sans doute l'adage qui rend le mieux compte de cette conception domestique et autoritaire des relations de travail.

L'évolution des règles du droit privé, à partir de la fin du XIXe siècle a conduit à rechercher une plus grande « *socialisation* » du droit. Celle-ci a permis une sanction croissante des actes motivés par des mobiles illégitimes. Ce mouvement du contrôle des droits n'a cependant permis qu'une surveillance limitée des prérogatives juridiques, qui explique le besoin éprouvé dans le droit du travail contemporain de rompre avec cette technique juridique.

---

186. Sur les droits subjectifs et le subjectivisme juridique : voir M. Villey *La naissance des droits subjectifs chez Guillaume d'Occam*, APD 1964 ; adde voir G. Kalinowski, *Logique et philosophie du droit subjectif*, APD 1964, p. 37

187. Cf. G.Aubin et J. Bouveresse, *Histoire du droit du travail*, PUF, 1995, n° 30

SECTION 2. LA TIMIDITÉ DU « *CONTRÔLE* » DES DROITS

61. Droits discrétionnaires et droits contrôlés

Les principes classiques les mieux établis conduisent à considérer les droits comme l'expression d'une volonté échappant à tout contrôle judiciaire. Ces derniers sont considérés comme une sphère d'autodétermination garantie à l'individu dans laquelle les juridictions étatiques ne peuvent s'immiscer.

A ces principes, le droit du XXe siècle va apporter des tempéraments importants. Aux droits « *discrétionnaires* » initiaux s'ajouteront des droits « *contrôlés* »[188]. Les catégories ne sont d'ailleurs pas étanches, car de nombreux droits discrétionnaires à l'origine sont devenus par la suite des droits contrôlés.

Cette opposition n'est cependant pas suffisamment précise, car la notion de *contrôle* est des plus équivoques. Elle désigne le plus souvent l'admission d'un contrôle de l'abus de droit. Cette perspective est trop étroite. Le contrôle peut s'entendre de la surveillance, ou de la vérification[189] opérée par le juge. En ce sens, même les droits dits « *discrétionnaires* » n'ignorent pas tout contrôle, car le juge peut toujours vérifier si les conditions objectives de l'habilitation normative sont réunies. Il serait donc plus précis de considérer que sont contrôlés les droits à l'égard desquels le juge ne se contente pas de vérifier le respect des conditions objectives de l'habilitation, mais pour lesquels il contrôle si les raisons qui ont animé le sujet de droit sont légitimes. Deux types de contrôle sont alors à distinguer. En premier lieu, le juge contrôle la licéité des mobiles qui animent les sujets de droit, au nom du respect de l'ordre public (§1). Le juge est parfois conduit à contrôler la conformité de l'exercice d'une prérogative aux intérêts que cette dernière est sensée servir. Cette spécificité doit être réservée au contrôle des pouvoirs (§2).

Il sera montré que, tant le contrôle des mobiles illicites que celui des pouvoirs conduit à appréhender les mobiles des sujets de droit, mais ne conduit jamais à la construction d'un véritable régime de contrôle qui rende effective la prohibition des mobiles illicites ou illégitimes.

§1. LE CONTRÔLE DES MOBILES ILLICITES

62. Développement de l'ordre public

Les règles qui instituent un contrôle des mobiles illicites permettent de contrôler les raisons d'agir en prohibant certains mobiles. L'acte ne peut être valide lorsque l'agent juridique poursuit des finalités prohibées par la loi. Ces règles constituent de véritables exceptions au principe selon lequel le présupposé des règles juridiques ne saurait se référer aux raisons d'agir des sujets de droit. Le dépassement des inhibitions de la conception classique des droits a été favorisé par le

188. Cette terminologie est reprise de l'article d'A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 1. La distinction qu'il institue semble plus précise que celle auparavant présentée par Josserand, opposant les *droits à finalité égoïste* et les *droits - fonctions*.

189. Le terme « contrôle » trouve son origine dans le « contre rôle », instrument de comptabilité servant à vérifier la fiabilité des écritures (*Dictionnaire historique de la langue française*, prec. V° *Contrôle*). Le terme renvoie donc uniquement à cette idée de vérification de la conformité d'une chose à un modèle.

considérable développement de l'ordre public au XXe siècle. Cette extension s'est produite au détriment du principe de la discrétion des droits.

Ces normes ne permettent cependant qu'un contrôle négatif des raisons d'agir. Elles ne prohibent que certains mobiles, déterminés à l'avance par la règle juridique. Sans doute, cette circonscription de l'objet des recherches psychologiques pouvait-elle seule faire admettre un contrôle des mobiles.

Le contrôle des mobiles illicites se manifeste pour l'essentiel par deux séries de règles : le contrôle de la fraude à la loi (A), et celui de la cause illicite ou immorale (B).

A. LA FRAUDE À LA LOI

63. Un contrôle nécessaire

Le contrôle de la fraude à la loi est requis chaque fois que les normes juridiques habilitent les particuliers à aménager leur situation juridique par le jeu de leur seule volonté[190]. Les règles d'habilitation offrent la possibilité aux particuliers de modifier leur situation juridique de manière à échapper au jeu de règles impératives. La protection de l'ordre public exige la sanction de telles manœuvres. Cette dernière est permise par la technique de la fraude à la loi.

Elle nécessite la réunion d'éléments objectifs (A) et intentionnels (B).

1. Éléments objectifs

La fraude requiert la réunion de deux éléments objectifs[191] : la soumission initiale à une règle obligatoire (a), et l'utilisation d'un moyen efficace, permettant d'éluder cette règle obligatoire (b).

a)L'élision d'une règle obligatoire

64. Soustraction à une règle impérative

En premier lieu, elle impose que l'agent soit soumis à une règle « *obligatoire* »[192]. Cette notion n'est cependant pas aisée à définir. La règle juridique n'est-elle pas spécifiée par son caractère obligatoire[193] ? Il faut donc entendre cette notion comme l'exigence de la soumission initiale de l'individu à une règle de droit impérative. L'obligation peut être d'origine légale, par exemple l'interdiction de la bigamie résultant du statut civil personnel. Elle peut être également d'origine contractuelle, telle l'obligation d'honorer ses engagements pour le débiteur d'un contrat dans la fraude paulienne. Le caractère obligatoire de la norme est parfois plus atténué. Il est par exemple admis que la personne qui a causé un délit civil est tenue à réparation, encore que le montant du préjudice n'ait pas encore été fixé par jugement.

---

190. voir supra n° 41 sur la définition règles d'habilitation

191. L'analyse est pour l'essentiel reprise de la thèse de J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957. Cette auteur propose une conception de la fraude qui rend bien compte de la conception qu'en ont classiquement les juristes. Pour une actualisation cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4e ed. 1994, n° 810 sqq.

192. J. Vidal, prec., p. 63 sqq

193. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, prec., p. 157 sqq.

b) L'utilisation d'un moyen juridiquement efficace

65. Utilisation d'une règle d'habilitation

La sanction de la fraude requiert également le recours à un moyen qui permet de soustraire à l'application de la règle normalement obligatoire. L'utilisation de ce moyen ne comporte en elle-même aucun caractère prohibé. Par exemple, dans la fraude paulienne, le débiteur conclut des actes juridiques. De même, dans la désignation frauduleuse d'un délégué syndical, le syndicat nomme délégué un salarié.

Ce moyen peut être analysé comme l'utilisation d'une règle d'habilitation. Le système juridique permet aux particuliers d'aménager leur situation juridique par le jeu de leur volonté en concluant des actes juridiques. La fraude pourrait être ainsi comprise comme la prohibition de l'utilisation des normes d'habilitation motivée par des mobiles illicites.

Cette notion d'intention frauduleuse doit être précisée.

2. Le contrôle de l'intention de contourner des dispositions impératives

66. Conception subjective de la fraude

La fraude ne peut être sanctionnée en l'absence de l'intention frauduleuse, c'est-à-dire de l'intention d'éluder l'application d'une règle juridiquement obligatoire.

Certains auteurs avaient naguère développé une conception objective de la fraude, selon laquelle la seule utilisation d'un moyen juridiquement efficace pour éluder une règle obligatoire serait suffisante[194]. Une telle conception ôterait toute sa spécificité à la fraude[195]. Celle-ci est caractérisée lorsque la personne a conclu l'acte juridique avec l'intention d'éluder la règle obligatoire. Il n'est pas requis que la personne ait l'intention de nuire à autrui, de lui causer un préjudice. La seule volonté d'éluder la règle juridique suffit.

Ainsi la sanction de la fraude nécessite-t-elle de s'enquérir des raisons pour lesquelles l'acte fut passé. L'analyse n'impose pas seulement un examen de la cause juridique de l'acte. Il ne fait pas de doute que la personne voulait modifier sa situation juridique. Le contrôle doit ici prendre en considération les mobiles, les raisons qui ont motivé cet acte. La fraude ne saurait alors être caractérisée si le but poursuivi était légitime[196]. La preuve en est parfois reçue par présomptions. Ainsi, en matière de fraude paulienne, admet-on que le préjudice causé au tiers est souvent suffisant pour prouver la fraude[197].

67. Un contrôle de faible portée

Conformément aux règles probatoires classiques, la preuve de la fraude incombe à celui qui l'invoque. La preuve de l'intention frauduleuse, très difficile à

194. Voir J. Vidal, op. cit., p. 111 sqq. ; Cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, prec. n° 819

195. id. p. 113 sqq.

196. J. Vidal, id. p. 134 sq.

197. Vidal, prec., p.136 ; H. Sinay, *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ. 1948, p. 183, n° 8

rapporter, appartient donc au demandeur qui doit établir les mobiles qui animaient le défendeur au moment de la conclusion de l'acte.

L'absence de tout aménagement processuel montre l'ambiguïté de la notion de « *contrôle* » des droits. La règle de droit autorise les juridictions à s'enquérir des raisons d'agir qui animent les agents juridiques, mais l'absence d'une règle de preuve spécifique rend un tel contrôle illusoire. Il est pratiquement impossible d'établir les raisons d'agir qui motivent autrui.

La réalisation processuelle des droits conduit ainsi à reconnaître une présomption de légitimité au profit de l'agent juridique, et à rendre le contrôle de l'utilisation de ces règles très difficile. La même ambiguïté affecte le contrôle de la licéité de la cause.

B. LA CAUSE ILLICITE

68. L'examen de la licéité de la cause des conventions permet aux juges de contrôler les raisons d'agir des contractants (1). Le développement de la prohibition des discriminations a étendu ce contrôle à des actes qui ne constituent pas nécessairement des conventions (2).

1. La licéité de la cause des conventions

69. Les mobiles comme cause des obligations

L'exigence d'une cause licite dans l'obligation[198] autorise un contrôle judiciaire sur les raisons d'agir qui ont motivé les contractants à conclure une convention. Les auteurs classiques du droit civil, nourris de conceptions philosophiques libérales, et empêtrés dans la difficulté de la notion de cause héritée du droit romain, n'ont pas perçu cette spécificité. Le désir de produire une définition unique de la cause, englobant son existence et sa licéité, interdit d'assimiler cause et mobiles. L'unicité de la définition de la cause conduisit ainsi à priver de portée le contrôle de la cause illicite. Seules pouvaient être sanctionnées les conventions dans lesquelles l'objet de l'obligation était illicite.

Un contrôle effectif de la cause illicite exigeait de retenir de celle-ci une conception distincte de la cause abstraite. La Cour de cassation a d'abord affirmé que la cause des libéralités devait s'entendre des mobiles qui animent le contractant[199]. Elle admit par la suite que la cause des contrats synallagmatiques pouvait également être entendue de manière subjective[200].

70. Mobile partagé ?

Cette nouvelle définition de la cause n'est cependant pas sans poser de nombreuses difficultés pratiques et théoriques[201]. La caractérisation du mobile illicite pose problème. La Cour de cassation se réfère au « *mobile déterminant* », c'est-à-dire au mobile en l'absence duquel le contractant ne se serait pas engagé. Il semble que la Cour de cassation n'ait pas vraiment fait preuve sur ce terrain d'originalité par

198. articles 1108 et 1131 du Code civil

199. Civ. 1ère, 6 octobre 1959, D. 1960, J., p. 515, note P. Malaurie

200. Civ. 1ère, 12 juillet 1989, JCP 1990, II, 21546, note Dagorne-Labbe ; D. 1991, som. p. 230, obs. J.L. Aubert

201. cf. M. Défossez, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, Rev. trim. dr. civ. 1985, p. 521

rapport à la conception classique des droits, exclusive de tout contrôle des raisons concrètes de l'action. En effet, l'appréhension des mobiles illicites exigeait que le mobile fût partagé par les deux contractants[202]. Cette exigence répondait d'abord à une volonté de protéger le contractant ignorant les mobiles illicites de son cocontractant. Elle limitait le contrôle des mobiles illicites à ceux qui étaient entrés dans le champ contractuel. En d'autres termes, l'affirmation d'un contrôle des mobiles subjectifs était contrebalancée par l'exigence d'un partage des mobiles illicites par les deux contractants, qui conduisait en réalité le contrôle de type objectif. Les mobiles entrés dans le champ contractuel ne se distinguent pratiquement pas de l'objet du contrat. La seule exception concerne les actes à titre gratuit dans lesquels l'appréciation serait véritablement subjective[203].

Des arrêts récents montrent que l'appréciation de la cause illicite dans les contrats synallagmatiques a évolué. La Cour de cassation a d'abord abandonné l'exigence d'un mobile illicite commun au profit de la seule connaissance du mobile illicite par le cocontractant[204]. Cette exigence fut ensuite abandonnée. Le caractère illicite du mobile qui anime l'un des contractants suffit désormais à l'annulation du contrat[205]. Cet arrêt répond à la nécessité de favoriser l'action en annulation du contractant ignorant des mobiles illicites de son cocontractant[206]. La particularité de l'espèce conduit cependant à se demander si la Cour de cassation ne souhaitait pas avant tout sanctionner une hypothèse de fraude.

La détermination du caractère illicite de la cause au regard des mobiles qui animent un seul des deux contractants engendre de nombreuses difficultés. En premier lieu, il conviendrait de préciser quels mobiles sont considérés comme pertinents. Suffit-il que le mobile illicite soit déterminant à la conclusion de l'acte pour que ce dernier soit annulé[207] ? La jurisprudence n'a pas donné pour l'instant de précisions en la matière. Sur un plan pratique, ensuite, la mise en œuvre de l'annulation sera difficile en raison de la règle de preuve. Le cocontractant est chargé de rapporté la preuve de mobiles qui lui sont par hypothèse méconnus. Preuve d'autant plus difficile à rapporter qu'aucune extériorisation de ces mobiles n'est exigée. Ce contrôle est donc difficile à réaliser. Il est en outre limité dans son objet : le contrôle du respect de l'ordre public et de la morale lors de la formation des contrats.

Il apparaît donc que le contrôle des mobiles effectué dans le droit contemporain au titre de la prohibition du caractère illicite de la cause n'a pas abouti à la production de règles de procédure ou de règles processuelles assurant un contrôle judiciaire effectif. Les juges censurent les actes motivés par des mobiles illicites, mais les particuliers ne se voient pas imposer une justification de leurs choix.

---

202. Voir J. Ghestin, *La formation du contrat*, prec., n° 894 sqq. ; Civ. 1ère, 4 janvier 1956 JCP 1957, II., 10008, note J. Mazeaud ; Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 329, obs. H. et L. Mazeaud

203. J. Ghestin, prec., n° 890. La Cour de cassation est cependant prudente sur cette question, et aucune formule certaine ne peut être avancée.

204. Civ. 1ère 12 juillet 1989, prec.

205. Civ 1ère, 7 octobre 1998, D. 1998, J. 1998, J., p. 563 concl. Sainte Rose

206. v. A. Weill, *Connaissance du motif illicite ou immoral et exercice de l'action en nullité*, Mel. Marty, 1978, p. 1165 sqq.

207. voir l'exemple cité par M. Défossez, prec. : un contrat de transport de personne doit-il être annulé du seul fait que le voyageur était animé par la volonté d'aller assassiner quelqu'un ?

La prohibition des discriminations permet de compléter ce contrôle des mobiles illicites.

2. Les discriminations

71. Le développement de l'ordre public et le souci d'une *moralisation* du droit dans la période moderne ont conduit à un contrôle des mobiles des particuliers au travers de la prohibition des discriminations.

La discrimination s'entend d'une différence de traitement entre deux situations motivée par des raisons prohibées par le droit[208].

72. Une notion inconnue des conceptions classiques du droit

Par nature, la discrimination se définit par rapport à l'égalité[209]. Les conceptions classiques de l'égalité excluaient toute prohibition des discriminations dans le commerce juridique entre les particuliers. L'égalité, dans une perspective individualiste et libérale, constitue un postulat qui justifie l'attribution d'une sphère d'autodétermination aux individus. Les individus, par essence égaux sont libres de conclure tous les actes qu'il leur plaira, et d'en déterminer librement le contenu. Ils peuvent donc librement conclure des contrats à des conditions différentes avec des contractants distincts sans que le principe d'égalité ne soit mis en question.

73. La prohibition des discriminations

Le développement de l'ordre public au XXe siècle a conduit à limiter cette faculté d'individualisation des conditions contractuelles. Celle-ci est prohibée si elle est motivée par des mobiles illicites[210]. Cette prohibition des mobiles discriminatoires s'est surtout développée depuis la seconde guerre mondiale dans le droit du travail, essentiellement dans le domaine de l'égalité sexuelle[211] D'abord affirmée dans l'ordre constitutionnel[212], la prohibition des discriminations sexuelles a été renforcée par les lois du 11 juillet 1975 et du 1er juillet 1983, ainsi que par celle du 13 juillet 1983.

Le domaine des discriminations illicites a été par la suite étendu à d'autres thèmes[213]. L'article L. 122-45, issu pour l'essentiel de la loi du 4 août 1982 définit les mobiles que l'employeur ne peut prendre en compte dans ses choix : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, l'origine nationale, raciale ou ethnique, le patronyme, les activités syndicales, les convictions religieuses, les caractéristiques génétiques, l'état de santé et le handicap sont des

---

208. D. Lochak, *Réflexion sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987 p. 778

209. cf. D. Lochak, prec. :, « *la discrimination présuppose l'égalité* »

210. La première disposition connue est celle instituée par la loi du 22 juillet 1918, qui prescrit une égalité de traitement en faveur des travailleurs mobilisés dans la guerre. Toute différence de traitement motivée par l'absence pour mobilisation est donc prohibée. Cf. cf. P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, 6e ed., 1930, p. 838

211. Pour une analyse des règles d'égalité dans le droit privé en général voir G. Cornu, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, Trav. Ass. Capitant, T14, 1962, p. 87

212. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Il affirme également que la loi « *garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ».

213. Pour les discriminations syndicales, cf. la loi du 27 avril 1956 (L. 412-2 actuel)

mobiles illicites. Il convient d'ajouter à cette liste la prohibition des traitements motivés par le fait que le salarié a été victime de harcèlement sexuel (L. 122-46), ainsi que l'interdiction des traitements défavorables à l'égard des salariés précaires ou à temps partiel[214].

74. Proximité de la prohibition des discriminations avec la théorie de la cause illicite

Les normes prohibant les discriminations sont par essence peu différentes de celles qui prohibent la cause illicite. Comme ces dernières, elles prohibent les actes motivés par certains mobiles. Ces normes n'ont longtemps connu aucun régime processuel spécifique. La charge de la preuve de la discrimination appartient au salarié qui s'en prétend victime. Ce fardeau probatoire rend le contrôle des pratiques discriminatoires fort hypothétique. Aussi les évolutions impulsées par le droit communautaire conduisent-elles au passage d'une lutte contre les discrimination à la recherche d'une égalité concrète, qui exige un régime processuel spécifique[215]

Il apparaît que la prohibition de la cause illicite dans les obligations, à laquelle il convient d'assimiler largement la prohibition des discriminations, permet de contrôler les mobiles, mais que ce contrôle demeure limité. L'instauration d'un contrôle des pouvoirs permet un degré supplémentaire dans la surveillance de la manière dont les individus utilisent les prérogatives que leur confère l'ordre juridique.

§2. LE CONTRÔLE DES POUVOIRS

75. Le mouvement de « *socialisation* » du droit qui se développe à partir de la fin du XIXe siècle oblige les juristes à redéfinir la conception des droits subjectifs. Ceux-ci ne peuvent plus être entendus comme des prérogatives discrétionnaires confiées aux sujets de droit dans leur intérêt propre, et soumises à la seule limite de l'exercice du libre arbitre. Les auteurs du tournant du siècle mirent en avant que certains « *droits* » étaient plus précisément définis, et légitimaient l'exercice d'un contrôle judiciaire plus étendu. Deux techniques peuvent être distinguées l'abus de droit (A) et le détournement de pouvoir (B).

A. LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT

76. L'abus de droit est l'un des phénomènes jurisprudentiels les plus étonnants du droit moderne. Durand a même vu en cette théorie « *l'une des plus remarquables créations de la jurisprudence française* »[216]. Cette construction d'origine doctrinale, à laquelle sont associés les noms des auteurs les plus prestigieux du droit privé français, illustre de manière indéniable une évolution par rapport au postulat du droit

214. Cf. PY Verkindt, *L'application du principe de l'égalité de traitement aux travailleurs précaires*, Dr. soc. 1995, p. 870

215. Vori infra n° 186 sqq.

216. P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Tome 2, Dalloz 1950, n° 460.

classique selon lequel les mobiles ne peuvent être pris en compte par une règle de droit. Cette théorie est née à la fin du XIXe siècle, probablement à la suite d'une interprétation de la loi du 27 décembre 1890 relative à la résiliation du contrat de louage de services[217].

L'étude de la jurisprudence sur l'abus du droit de résilier le contrat de travail conclu sans détermination de durée est intéressante à plus d'un titre. D'une part, cette jurisprudence a fourni le substrat à partir duquel a pu se constituer la jurisprudence ultérieure sur la justification du licenciement[218]. Aussi est-il nécessaire de comprendre les critères jurisprudentiels de l'abus de droit (1), ainsi que l'analyse doctrinale faite de ces derniers (2). D'autre part, les limites qu'apportait l'introduction de la notion d'abus de droit au contentieux étudié doivent être dégagées, afin de comprendre les raisons qui ont conduit au dépassement de cette technique de contrôle des droits (3).

1. Les critères jurisprudentiels de l'abus de droit

77. Mme Sinay a affirmé, à la veille de la réforme de 1973, que le droit français du licenciement n'avait pas évolué depuis un siècle[219]. L'affirmation est sans doute excessive : l'analyse de la jurisprudence sur l'abus de droit ne peut laisser la place qu'à d'infinies nuances. La référence jurisprudentielle à la notion d'abus est une constante de l'ensemble des décisions de la Cour de cassation ; la nécessité pour le salarié de prouver l'abus est également constamment rappelée. Au delà de cette stabilité, la plasticité de la notion d'abus laissait place à une grande créativité des juges du fond. Sans doute pourrait-on trouver ici ou là des décisions fort audacieuses[220]. Il convient de garder à l'esprit que l'objet du contentieux qui se met en place dès le lendemain de la loi de 1890 n'est pas essentiellement différent de celui que nous connaissons à la fin du XXe siècle. Les termes du débat sur la régulation du pouvoir de licencier de l'employeur sont clairement identifiés dès le vote de la loi de 1890. Aussi la jurisprudence sur l'abus de droit fournit-elle un matériau incomparable pour qui s'intéresse à la manière dont l'ordre juridique délimite l'aire de la légitimité du pouvoir patronal. Cette jurisprudence permet de tracer une frontière entre les motifs abusifs (a) et les motifs reconnus comme légitimes (b).

---

217. La théorie de l'abus de droit dépasse évidemment la seule question du droit du travail. Celui-ci en fournit cependant une parfaite illustration. L'étude se limitera pour l'essentiel au droit des relations de travail, afin de ne pas disperser l'objet des recherches. Voir pour une étude détaillée au delà du droit social, J. Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Thèse, Paris XIII, 1977 ; Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, LGDJ 2000

218. V. Camerlynck, *Le contrat de travail*, 2ème édition, Dalloz, 1982, n° 435

219. H. Sinay, *Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel*, D. 1972, chr. p. 142

220. Voir par exemple les décisions arbitrales lorsque les licenciements interviennent dans le cadre de conflits collectifs : P. H. Teitgen, Dr. soc. 1938. 209 ; voir également les décisions cherchant à protéger des droits fondamentaux des salariés : G.H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, T.1, *Contrat de travail*, 1ère édition, Dalloz 1968, n° 210 sq.

a)Les motifs abusifs

78. La consultation des recueils de jurisprudence montre que les juridictions n'ont pas hésité à sanctionner les abus patronaux dans la résiliation du contrat de louage de services à durée indéterminée[221]. Il semble cependant que les décisions qui admettent l'abus de droit sont bien moins nombreuses que celles qui refusent d'accueillir les demandes d'indemnisation des salariés.

Trois faits générateurs de responsabilité pour abus de droit sont retenus par la jurisprudence : l'atteinte aux droits et libertés reconnus aux salariés, l'intention de nuire, et la légèreté blâmable.

79. Atteinte aux droits et libertés des salariés

L'atteinte volontaire aux droits et libertés des salariés est un chef important d'abus de droit[222]. Sans doute les juridictions n'ont-elles pas eu beaucoup de peine à admettre que l'utilisation d'une prérogative juridique dans le but d'évincer le jeu normal d'une autre règle de droit était illicite. L'hypothèse n'est guère éloignée de celle de la fraude à la loi. Cette jurisprudence a été appliquée tôt aux licenciements motivés par les activités syndicales du salarié : ces licenciements ont un caractère abusif[223]. Cette jurisprudence trouve vite ses limites, car l'exercice de l'activité syndicale dans l'entreprise a longtemps été circonscrit dans des limites restrictives[224]. Le même souci de protection des droits reconnus aux salariés a conduit à la construction d'une jurisprudence similaire en cas de licenciement pour fait de grève, lorsque le droit de grève a été inscrit dans le droit positif[225]. De plus, la Cour de cassation avait reconnu un caractère abusif aux licenciements de salariées dont le contrat est suspendu pour maternité[226], et aux ruptures prononcées en raison de l'exercice du droit d'ester en justice[227]. Par ailleurs, sont abusifs les licenciements prononcés pour des faits extérieurs à la vie professionnelle[228]. Enfin, la Cour de cassation a déclaré abusifs les licenciements qui portent atteinte à des droits

---

221. Il existe également une jurisprudence sur l'abus du droit de résilier ce contrat par le salarié. La jurisprudence a longtemps fait un parallèle entre ces deux formes de rupture. Voir par exemple Civ. 28 juin 1810, DP 1912, I, 185, note Lyon-Caen (est abusive la rupture du contrat pour fait de grève pour refus de travailler avec un travailleur non syndiqué) ou civ. 29 décembre 1925, S. 1926, 1, p. 67 (grève avant achèvement du travail convenu). A l'inverse, n'est pas abusive la rupture du salarié en raison de la nationalité allemande des dirigeants d'une société pendant la guerre (T. com. Seine, 14 mars 1916, S. 1917, 2, 119) ou un départ précipité à la guerre (id. 29 décembre 1915, S. 1916, 2, 86). L'étude détaillée de cette jurisprudence déborderait l'objet de la présente étude.

222. Voir G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, prec. n° 436 sqq.

223. Civ. 27 mai 1910, D.P. 1911, 1, p. 223 ; civ. 27 mai 1930, S. 1930, 1, 186 ; ultérieurement : voir Soc., 27 mars 1952, S. 1952, 1, 179 (hypothèse spécifique dans laquelle le droit de grève est considéré comme l'exercice d'une liberté syndicale) ; soc. 20 mars 1974, Bull. civ. V, n° 185

224. Voir Civ. 19 juin 1897, D. 1898, 1, p. 540 : l'exercice du droit de police du patron peut s'exercer lorsqu'un ouvrier mène des activités de propagande « *dans l'intérieur des ateliers* ».

225. Soc., 27 mars 1952 prec. note 223 ; Soc., 9 mars 1977, Bull. civ. V, n° 138 (licenciement prononcé antérieurement à la loi de 1973)

226. Cf. Civ. 27 mai 1913, S. 1913, I, 368 (cette protection s'applique même aux « *filles-mères* » (sic.)) ; Civ. 14 mai 1939, S. 1939, 1, 270

227. Soc., 26 février 1964, Bull. civ. IV n° 168 ; est également abusif le licenciement pour refus de témoigner en justice Civ 25 février 1920, D. 1920, 1, p. 94

228. Voir M. Despax, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I n° 1776 ; Camerlynck, prec. n° 436. Dans la jurisprudence : voir spécialement Soc., 5 avril 1965, Bull. civ. IV n° 294 (divorce du salarié) ;.

d'origine contractuelle du salarié, à l'instar des licenciements prononcés au mépris d'une promesse de stabilité d'emploi de durée déterminée[229].

80. Intention nocive

Le second fait générateur de l'abus de droit est l'utilisation du droit de résiliation dans le but de nuire au salarié. Est considéré comme abusif le licenciement prononcé pour des motifs diffamatoires, de nature à mettre en doute les capacités professionnelles du salarié[230] ou son honneur[231].

81. Légèreté blâmable

Les licenciements prononcés par « *légèreté blâmable* » sont qualifiés d'abusifs par la Cour de cassation. Elle semble désigner par là que le licenciement peut être abusif en raison des circonstances dans lesquelles il intervient. Il n'est pas nécessaire ici de caractériser l'intention nocive ni l'atteinte à des droits ou à des libertés des salariés. Il semble donc que les juridictions s'attachent ici moins à sanctionner l'intention coupable que la faute, conçue objectivement comme le manquement à une obligation de prudence et de diligence. Agit avec une légèreté blâmable l'employeur qui licencie un salarié très peu de temps après l'embauche sans invoquer de grief à son encontre[232], ou renvoie un salarié ancien proche de l'âge de la retraite[233]. Doit également être signalée la jurisprudence sur les licenciements prononcés à contre temps[234].

b) Les mobiles légitimes

82. Aire de légitimité

La Cour de cassation ne se contente pas de l'affirmation du caractère abusif de tel ou tel mobile. Elle met en avant le caractère légitime et exclusif de toute responsabilité de certains mobiles. Ce faisant, la Cour de cassation définit l'aire de la légitimité des mobiles patronaux.

Cette jurisprudence met en avant trois sortes de mobiles légitimes : la sanction des fautes du salarié, les questions « *économiques* », et, plus généralement, la bonne marche de l'entreprise.

83. Faute du salarié

En premier lieu, le licenciement motivé par la volonté de sanctionner une faute du salarié est considéré comme exclusif de tout abus. La faute peut être conçue

229. Voir deux arrêts significatifs de la période de la seconde guerre mondiale : Soc., 30 janvier 1942 (Tables quinquennales Sirey, 1941-44, n° 88 ; Soc., 13 janvier 1944, id. n° 83 (licenciement avant l'échéance d'une période de mise à l'épreuve du salarié)

230. Soc., 1er juillet 1965, Dr. soc. 1966 p. 103 ; adde la jurisprudence citée par G. H. Camerlynck, prec. n° 440

231. Soc., 22 janvier 1969, Bull. civ. V, n° 33 : allégation de détournement de fonds à l'encontre d'un comptable.

232. Soc., 22 avr. 1966, D. 1966. 522

233. Soc., 22 janvier 1935, S. 1935 1, 185 (licenciement d'un salarié ancien et bien noté en alléguant de manière mensongère la suppression de son emploi) ; Soc., 5 avr. 1957, Bull. civ. IV n° 301

234. Civ. 5 février 1896, D.P. 1896, I 578 : société connaissant l'état précaire de ses affaires et qui attend la fin de la période annuelle de chômage pour rompre le contrat de travail. ; Civ. 2 avril 1912, S. 1913, 1, 316 : entreprise qui attend le dernier moment pour signifier leur renvoi aux ouvriers dans un cas de mise en place de nouvelles technologies (soufflage du verre mécanique substitué au soufflage à la canne)

comme la violation d'une obligation d'origine légale[235] ou professionnelle[236]. La Cour de cassation considère que toute faute, aussi légère soit-elle, constitue un motif légitime de licenciement. Elle refuse d'exercer sur cette question un contrôle de proportionnalité. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la faute ait été véritablement commise par le salarié : il suffit que l'employeur ait été convaincu, au moment du licenciement, de l'existence d'une telle faute[237]. En utilisant des termes anachroniques, la faute n'a pas à être réelle ni sérieuse.

84. Pouvoir économique

En second lieu, la Cour de cassation a dégagé dans l'action du chef d'entreprise une sphère proprement « *économique* ». L'exercice du pouvoir patronal mû par une rationalité *économique* est automatiquement considéré comme légitime et exclusif de tout abus. Relève de cette conception la jurisprudence sur les suppressions d'emploi[238]. La Cour de cassation a pu en ces circonstances relever que des « *nécessités économiques* » contraignent l'employeur à licencier[239]. De même, le licenciement motivé par la volonté de modifier les structures de l'entreprise[240], ou de mettre fin à l'activité de l'entreprise est légitime, car l'entrepreneur assume seul les risques de l'exploitation[241].

85. Besoins de l'entreprise

De manière plus générale, l'imputation de la rupture aux nécessités de la bonne marche de l'entreprise est, dans la jurisprudence, un motif légitime de rupture du contrat de travail. Le licenciement motivé par une appréciation portée sur les qualités ou capacités professionnelles est considéré comme légitime[242]. La Cour de cassation prend d'ailleurs soin dans ces arrêts de rappeler que l'employeur est seul juge des capacités des salariés. Un arrêt de 1941, dont la motivation semble très proche des idées véhiculées par la théorie institutionnelle de l'entreprise énonce ainsi que « *le chef d'établissement est libre du choix de ses collaborateurs dans l'intérêt de l'entreprise, lequel est étroitement lié à celui de son personnel, et est seul juge du point de savoir si ils s'acquittent de manière satisfaisante du travail qui leur est confié* »[243]. De même, il est affirmé que l'employeur est libre de réorganiser

---

235. Civ. 29 novembre 1910, S. 1913, 1, 371, violation des règles d'hygiène et de sécurité ; Soc., 7 mai 1951, S. 1952, 1, p. 54 (non respect de la réglementation légale des horaires de travail par une grève exercée par *« autosatisfaction des revendications* »).

236. Civ. 9 octobre 1959, critique violente en termes incivils d'une décision d'un supérieur hiérarchique de nature à compromettre l'autorité de celui-ci.

237. Soc., 31 mai 1949, S. 1949, 1, p. 118

238. Civ. 24 février 1936, S. 1936, 1, p. 172, L'employeur est seul juge des nécessités qui l'obligent à supprimer des emplois qu'il juge inutiles ; Civ. 27 novembre 1935 D.H. 1936, p. 130. Voir l'analyse de cette question développée déjà en 1941 : M. Meunier, *La résiliation du contrat de travail pour cause de suppression d'emploi ou de réduction d'activité de l'entreprise*, ed. Maurice Lavergne, Paris, 1941 ; adde l'analyse de R. Poplawski, note sous Soc., 7 décembre 1944, JCP 1948, II, n° 3206

239.Civ. 31 novembre 1932, S. 1932, 1, p. 389

240. Civ. 2 juin 1937, S. 1938, 1

241. Soc., 31 mai 1956 (Brinon), D. 1958, J., p. 1, note Levasseur

242. Civ. 9 avril 1913, S. 1914, 1, p. 216 (licenciement d'un wattman n'ayant ni l'aptitude ni l'intelligence pour exercer son métier, désorganisant le service et engendrant des dépenses excessives de courant électrique) ; Civ. 17 juillet 1930, S. 1930, 1, 135 (ralentissement dans la bonne exécution des fonctions ne répondant plus aux nécessités de l'entreprise) ; 6 novembre 1933, S. 1934, 1, 20 (insuffisance des capacités professionnelles) Civ. 20 mai 1935, S. 1936, 1, 263 (id.)

243. Civ. 2 mai 1941, *Tables quinquennales Sirey* 1941-45, n° 70 ; de même voir civ. 23 octobre 1941, id. n° 72

son entreprise, et de choisir les salariés qu'il conserve à son service[244]. Plus généralement, tous les comportements ou attitudes du salarié susceptibles de porter atteinte à la bonne marche de l'entreprise légitiment le licenciement. Ces motifs peuvent être de nature purement subjective, à l'instar des questions de mésentente[245].

2. Interprétations doctrinales

86. La recherche d'un système explicatif de la jurisprudence sur l'abus de droit a fait l'objet de nombreux écrits. Trois types d'explication sont généralement mis en avant pour caractériser l'abus de droit : la technique de l'équité, la recherche de la finalité des droits et la référence à la faute.

87. Équité

Certains auteurs se contentent de décrire l'abus de droit comme une simple application de l'idée d'équité à la résiliation du contrat de travail. La rupture serait abusive lorsqu'il semble inéquitable pour le juge de laisser le salarié sans indemnisation[246]. Selon M. Supiot, le jugement prendrait alors ici un aspect régressif, n'appliquant qu'une apparence de raisonnement syllogistique à une solution fondée sur des considérations d'équité[247]. Cette description n'est probablement pas fausse, et reflète peut-être la manière dont raisonnent souvent les juges[248]. Elle n'est cependant pas satisfaisante d'un point de vue théorique, car elle dispense de comprendre véritablement les cas dans lesquels les magistrats considèrent le licenciement abusif. Une compréhension du phénomène requiert des constructions plus précises.

88. Finalité des droits

A la suite de Josserand[249], de nombreux auteurs ont tenté d'expliquer l'abus de droit comme la reconnaissance d'une finalité sociale aux droits. Selon Josserand, les droits subjectifs seraient dotés d'une finalité sociale dont les juridictions assureraient le respect en contrôlant l'abus de droit. L'abus consiste ainsi en un détournement du droit de la finalité sociale qui lui est reconnue, c'est-à-dire en une utilisation d'une prérogative juridique dans un but autre que celui attribué par le législateur. Ainsi faudrait-il distinguer le dépassement des limites objectives des droits (l'action

---

244. Civ. 4 juillet 1933, S. 1934, 1, 20 ; Civ. 3 novembre 1932, S. 1932, 1, 365 ; un projet de loi (Chautemps) avait été déposé en 1938 afin de restreindre le libre choix de l'employeur en cas de licenciement collectif. Inspiré d'une loi allemande de 1934, il prévoyait la fixation d'un ordre des licenciements dans les conventions collectives ou règlements intérieurs, tenant compte des charges de famille, de l'ancienneté, et des qualités professionnelles. Il était prévu que les différends soient soumis à une procédure d'arbitrage (Voir M. Meunier, prec. p. 14). Ce projet inspirera l'ordonnance de 1945 sur la consultation du comité d'entreprise sur les critères d'ordre du licenciement.

245. Voir par exemple Soc., 3 juillet 1964, S. 1964, p. 44 (incompatibilité d'humeur entre un employeur « *self made man* » et un salarié ingénieur issu d'une grande école ; la Cour accepte ce lieu commun comme motif légitime de licenciement) ; Soc., 11 mars 1964 S. 1964, p. 186 (mésentente entre une dactylographe et son chef de service, de nature à perturber la bonne marche de l'entreprise).

246. Voir par exemple J. Carbonnier, *Les obligations,* n° 230

247. A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, Thèse, Bordeaux I, 1979, p. 602

248. P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP, Cahiers de droit de l'Entreprise 1998, n°6, p. 33

249. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, prec.

accomplie sans droit, qui viole le droit) et celui des limites subjectives, qui consiste en une action commise avec des mobiles étrangers à « *l'esprit* » des dispositions[250]. Spécialement, dans le domaine de la rupture du contrat de louage de services, l'abus consisterait en « *l'absence de motifs légitimes, c'est-à-dire [en] l'absence de raisons justificatives chez l'auteur de la rupture* »[251]. Le critère de l'abus reste flou dans la construction de Josserand. Il semble tenir pour équivalent le détournement d'un droit de sa fonction sociale et l'absence de motif légitime[252], sans vraiment définir ce dernier concept.

La théorie finaliste des droits séduira particulièrement la doctrine travailliste, qui se référera souvent à l'idée d'un détournement du droit de sa finalité sociale[253]. Cette construction a ensuite été appelée à l'appui de la théorie institutionnelle de l'entreprise, et la rupture abusive a été vue comme l'une des manifestations d'un contrôle de l'intérêt de l'entreprise. L'aune de l'abus de droit devient alors la conformité, ou la non-conformité du but poursuivi avec l'intérêt de l'entreprise[254].

89. Il semble que le critère de l'abus de droit trouvé dans le dépassement de la finalité sociale des droits est à la fois trop imprécis et théoriquement contestable.

En premier lieu, la théorie de la finalité des droits ne précise jamais la manière dont peut être déterminée la finalité d'un droit. Quel peut être cet « *esprit* » des droits mis en avant par Josserand ? Qui est habilité à définir la finalité des droits ? Cette finalité ne peut être découverte dans une hypothétique volonté du législateur, argument rhétorique faible et vain[255]. En outre, l'idée d'une distinction entre la violation de la loi et l'abus (dépassement des limites subjectives d'un droit) est moins claire qu'il n'y paraît[256].

Par son imprécision, la théorie finaliste des droits risque de n'être qu'une mystification. Ainsi que le souligne Camerlynck, « *la preuve que l'employeur a agi conformément à ce qu'il estimait être l'intérêt de l'entreprise, fait présumer sa légitimité, l'entreprise étant sa chose, confondue dans son patrimoine, et dont il supporte la responsabilité* »[257]. L'intérêt de l'entreprise se confondant avec celui de l'entrepreneur, un contrôle fondé sur l'intérêt de l'entreprise ne peut être qu'une apparence de contrôle judiciaire. L'employeur est entièrement libre de définir ce qu'est l'intérêt de l'entreprise.

La théorie finaliste des droits peut également être critiquée d'un point de vue théorique. Il peut sembler impossible de se référer à l'idée d'un abus de droit coupé de toute référence à la notion de faute. Le registre de l'abus, ainsi que le souligne Perelman, est une argumentation fondée sur la structure du réel, qui met en rapport une chose et son essence implicite[258]. Une telle essence est par nature impossible à

---

250. op. cit., n°15 sq. pour le droit de propriété ; n° 44 sq pour le droit d'agir en justice ; n°144 pour la rupture du contrat de louage de services

251. ibid. p.193

252. Assimilation clairement affirmée : op. cit. n° 296 sqq.

253. Cf A. Rouast, *La rupture abusive du contrat de travail*, D. 1928, chr. p 5

254. V. Poplawski, prec. note 238, JCP 1948, II, n° 3206 ; A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, 1958, n° II-297 p. 572 ; P. Durand et A. Vitu, T2 n° 467

255. Voir C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2e ed., Dalloz, 1979 p. 23 sqq.

256. D. Roets, *Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?*, D. 1997, chr. p. 92

257. Op. cit p. 359

258. Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation* § 74

déterminer pour les droits, qui sont de simples catégories du langage. P. Amselek a pu ironiquement souligner l'absurdité de l'affirmation selon laquelle les droits des individus, à l'instar de leurs facultés digestives pourraient faire l'objet d'une utilisation excessive[259]. Plus sérieusement, ce théoricien du droit souligne qu'il n'est pas logique d'admettre qu'un sujet puisse violer une norme permissive accordant un droit à autrui. La norme d'habilitation ne permet pas de juger des conduites qui ne s'y conforment pas. La faute ne peut résulter que de la violation d'une norme de conduite, d'une obligation positive[260]. Selon M. Amselek, l'abus de droit ne pourrait donc être que la violation d'une règle protégeant les intérêts d'autrui.

Le critère de l'abus doit alors être recherché du côté de la faute.

90. La nécessaire référence à la faute

Les arrêts de la Cour de cassation font en permanence référence à la notion de faute. La Cour de cassation rejette fréquemment les pourvois formés par des salariés invoquant l'abus de droit en se basant sur l'idée que la faute de l'employeur n'était pas caractérisée[261].

De nombreux auteurs ont défini l'abus de droit comme l'application de la notion de faute aquilienne aux relations contractuelles. Cette conception est par exemple nette chez Durand et Vitu. Pour ces auteurs, « *l'exercice d'un droit peut être source de responsabilité, lorsque le titulaire en use autrement que ne le ferait un titulaire d'un comportement normal, et d'une diligence moyenne. C'est donc en comparant la conduite de l'auteur à celle d'un bon père de famille que les cas d'abus de droit peuvent être définis* »[262]. Cette proposition correspond clairement à la définition généralement proposée de la faute aquilienne. Elle montre la considérable expansion connue par la responsabilité délictuelle dans le droit civil français. Aujourd'hui encore, de nombreux auteurs continuent à définir l'abus comme la faute dans l'exercice d'un droit[263]. Sans doute serait-il plus juste d'affirmer que l'abus de droit transpose dans les rapports contractuels des principes de justice mis en avant dans la responsabilité délictuelle[264].

91. Faute caractérisée ?

Cette notion de faute reste cependant trop floue pour caractériser l'abus. M. Gaillard[265] a justement souligné que la seule référence à la faute délictuelle ne pouvait rendre compte de manière satisfaisante de la jurisprudence sur l'abus de droit. Si une faute quelconque pouvait engager la responsabilité du titulaire d'un

---

259. P. Amselek, P*erspectives d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, LGDJ 1964, p. 99

260. ibid.

261. Voir par exemple Civ. 2 mars 1898, D.P. 1898, I, p. 329, note Planiol ; Civ. 29 nov. 1910, S. 1913, 1, p. 371 ; 30 octobre 1911, S. 1912, 1, p. 511 ; 27 décembre 1911, S. 1913, 1, 126 ; Civ. 28 décembre 1932, S. 1933, 1, p. 68 ; Civ. 24 février 1936, S. 1936, 1, p. 172

262. Durand et Vitu, T.2, n° 465 p. 873 ; la citation est reprise par Camerlynck pour définir la faute en matière d'abus de droit, op cit p. 359.

263. La grande majorité des manuels et traités de droit civil évoquent la notion d'abus de droit lorsqu'ils définissent la faute délictuelle, sans même relever la spécificité de l'abus des droits contractuels. Voir par exemple F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, n° 708 sqq. ; J.L. Aubert et J. Flour, Tome 2, n° 116 sqq ; Plus nuancé, A. Bénabent, n° 552 sq. Adde Ph. Stoffel-Munck, Thèse, prec., n° 115 sqq.

264. Voir dans ce sens A. Bénabent, *La bonne foi*, prec.

265. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n° 24 sqq

droit, la notion de droit subjectif serait vidée de toute signification. Il convient donc de prendre acte de la présomption de légitimité que confère le bénéfice d'un droit. Le critère de l'abus résiderait alors dans l'exigence d'une faute d'une certaine gravité, c'est-à-dire dans l'intention de nuire de celui qui utilise le droit qui lui est conféré[266]. Cependant, la jurisprudence moderne aurait assoupli le critère de l'intention malicieuse par l'admission d'équipollents à cette notion[267]. L'erreur grossière, la légèreté blâmable, ou le défaut d'utilité personnelle dans l'acte permettent de déplacer l'objet de la preuve de l'intention de nuire.

Cette conception de l'abus semble rendre compte assez fidèlement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 3 juin 1997, la 3ème chambre civile de la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait refusé de retenir l'abus dans la résiliation unilatérale d'un contrat commercial en l'absence d'intention de nuire du contractant qui rompt le contrat. La Cour de cassation censura cette motivation en affirmant que « *l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie* »[268]. Cette affirmation n'est guère étonnante au regard du contentieux de la rupture abusive des contrats de travail : outre l'intention de nuire peuvent être également admises la légèreté blâmable ou l'erreur grossière, qui permettent de montrer la faute dans l'exercice du droit de rupture. Certains ont vu dans cet arrêt un *« potentiel* [de] *contrôle des motifs de la rupture* »[269]. L'expérience connue par le droit du travail conduit à nuancer ces beaux espoirs, la notion d'abus de droit ne permettant qu'un contrôle judiciaire limité des prérogatives juridiques.

3. Les limites du contrôle de l'abus des droits

L'abus de droit a permis le développement d'un certain contrôle sur l'utilisation des prérogatives juridiques. L'objet de ce contrôle, ainsi que son régime, limitent considérablement la portée de ces règles.

a)Objet du contrôle

92. La faute, étalon de l'abus

L'appréciation de l'abus semble calquée sur celle de la faute[270]. Cette notion circonscrit étroitement la mission du juge. La faute est la conduite qu'un homme « *normal* », prudent et avisé, n'aurait pas adoptée. Ce canon est particulièrement peu exigeant lorsqu'il s'agit d'examiner la légitimité de la conduite d'un chef d'entreprise qui procède à un licenciement. Dès lors que l'employeur licencie un salarié parce qu'il estime que l'intérêt de l'entreprise l'exige, il commet un acte que tout employeur « *normal* » aurait accompli. Peu importe que la faute imputée au salarié n'ait pas été commise s'il s'agit d'un licenciement disciplinaire. Il suffit que

266. E. Gaillard, id. n° 27
267. ibid n°51
268. Civ. 1ère, 3 juin 1997, Rev. trim. dr. civ. 1997 p. 935 note J. Mestre ; D. 1998, Somm. p. 113, obs. D. Mazeaud ; JCP 1998, I, n° 4056, note C. Jamin
269. D. Mazeaud, prec.
270. v. supra n°90

l'employeur ait eu des soupçons au moment du licenciement pour qu'on l'exonère de toute faute. Tout employeur eût ainsi procédé.

93. Le fallacieux prétexte

Cette définition de l'abus rend compréhensible le refus de la Cour de cassation de considérer l'allégation d'un motif inexact comme un abus de droit. L'allégation d'un tel motif ne cause directement aucun préjudice au salarié. La perte de l'emploi n'est causée que par la véritable raison qui a conduit l'employeur à licencier le salarié. Tant que cette raison n'est pas fautive, il n'y a pas lieu de considérer que le licenciement est abusif[271].

b) Régime juridique de l'abus de droit

94. Faute prouvée

L'abus de droit, assimilé à une hypothèse de faute dans l'utilisation d'un droit, nécessite, comme toute faute, que le demandeur établisse la faute, et que le préjudice en découle.

La faute est particulièrement difficile à établir pour le salarié. Il lui incombe de montrer à la fois les mobiles qui animaient l'employeur au moment de la rupture du contrat, et leur caractère fautif. L'employeur peut en revanche aisément s'exonérer en invoquant le caractère légitime des mobiles qui l'animent.

La preuve du préjudice est également difficile à rapporter. La seule rupture du contrat de travail ne constitue pas un préjudice, le salarié n'ayant aucun droit à la stabilité dans l'emploi. Il ne pourra être indemnisé que s'il établit que la manière dont il a été licencié porte atteinte à son honneur[272], ou si elle est vexatoire[273]. Le salarié peut également réclamer la réparation du préjudice que lui ont causé des insultes ou l'emploi de la violence[274].

La difficulté de cette double preuve permet aisément de comprendre les difficultés auxquelles les salariés étaient confrontés pour obtenir réparation. La plupart des arrêts se limitent à repousser la demande d'indemnités réclamées par les salariés en soulignant que l'abus n'est pas caractérisé.

Le législateur a vainement tenté de remédier à ces difficultés en aménageant le régime juridique de l'abus du droit de rompre le contrat de travail conclu sans détermination de durée par la loi du 19 juillet 1928.

95. L'insuffisant aménagement processuel par la loi de 1928

La difficulté de la preuve de l'abus de droit a incité à une réforme du droit du licenciement par la loi du 19 juillet 1928. Les parlementaires souhaitaient que les magistrats développassent le contrôle des mobiles des employeurs. Pour ce faire, la loi exigeait que le jugement mentionnât « *expressément le motif allégué par la partie qui* [a] *rompu le contrat de travail* »[275].Afin que les magistrats prennent connaissance de ces motifs, la loi leur attribua également des moyens d'investigation

271. Sur les évolutions de la jurisprudence sur ces questions, voir G.H. Camerlynck, Du motif inexact au fallacieux prétexte, D. 1959, chr. p. 159

272. V. Req. 2 mai 1924, D.H. 1924. 370

273. Soc., 6 mai 1955, Dr. soc. 1955 p. 437 : ingénieur trouvant son laboratoire fermé, et notification verbale de son interdiction d'y rester ; Soc., 27 janv. 1961, JCP 1961. IV. 34, annonce du renvoi d'un Secrétaire général par le concierge. Cités in G.H. Camerlynck, op. Cit n° 216

274. Soc., 18 juin 1959, D. 1960, somm. 15

275. Art. 23 al. 5 C. Trav.

supplémentaires, dérogatoires aux règles du procès accusatoire. Ces dispositions ont été diversement interprétées. Certains auteurs y ont vu un renversement de la charge de la preuve en faveur du salarié[276].

La Cour de cassation s'empressa cependant d'affirmer que la loi de 1928 n'avait nullement renversé la charge de la preuve, mais se limitait à l'attribution de pouvoirs d'initiative accrus au profit des juges du fond[277]. L'*onus probandi* demeurait donc attribué au salarié. Pour ce qui est des moyens d'investigation du juge, il semble qu'ils ne furent que peu utilisés. Les hésitations des juridictions en la matière sont aisées à comprendre. Il est concevable que les magistrats n'usent des prérogatives inquisitoriales qui leur sont confiées que s'ils disposent d'indices sérieux d'une violation des règles de droit[278]. Comme nous l'avons vu, la plupart du temps, aucune faute ne peut cependant être reprochée à l'employeur. Il suffit que celui-ci invoque des mobiles qui semblent légitimes. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire pour le juge de mettre en œuvre les moyens d'investigation dont il dispose.

Rouast a même relevé l'effet pervers d'une loi qui incitait les juges à rechercher la légitimité des motifs du licenciement. Elle conduisait selon lui à exiger des salariés qu'ils montrent le caractère erroné du motif allégué par l'employeur, et qu'ils établissent ensuite que le motif véritable est abusif[279]

Le contrôle de l'abus de droit montre donc les limites de l'instauration d'une surveillance judiciaire de l'utilisation des prérogatives juridiques qui n'est pas accompagnée d'un régime processuel permettant une véritable intervention du juge. Cette limite du contrôle judiciaire se retrouve pour les règles qui instituent une surveillance plus ambitieuse des prérogatives juridiques, tel le contrôle du détournement de pouvoir.

B. LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

96. Contrôle de la finalité sociale des droits

Le contrôle judiciaire des prérogatives confiées aux sujets de droit est parfois plus approfondi. Il ne se limite pas à la sanction de l'intention de nuire ou de ses équipollents. Les règles juridiques cherchent parfois à vérifier si l'exercice d'une prérogative est conforme à la finalité reconnue à cette dernière. Par analogie avec le droit public, cette technique de contrôle judiciaire a été nommée « *détournement de pouvoir* ». Par nature, elle suppose que la prérogative a été confiée à l'agent dans un intérêt au moins partiellement distinct de son intérêt propre[280]. En droit public, les prérogatives sont confiées à l'agent dans l'intérêt général. En droit privé, elles sont confiées à un intérêt plus ou moins défini : personne physique ou morale, voire, dans

276. Voir A. Rouast in *Traité de droit civil français* de G. Ripert et M. Planiol, Tome XI, LGDJ, 1932, n° 869

277. Civ. 18 mars 1930, DP 1930, 1, p. 71, note A. Rouast ; Civ. 28 janvier 1931, S. 1931, 1, p. 242 ; 28 décembre 1932, S. 1933, 1, p. 68

278. Voir J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, n° 177 sq. ; adde plus largement sur les tendances inquisitoriales de la procédure civile moderne J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 381 sqq.

279. A. Rouast, prec., D.P. 1930, 1, p. 71

280. Cf. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985

certains cas, à un intérêt non personnifié. La caractéristique de ce contrôle réside dans le contrôle de la conformité de l'acte aux intérêts que l'agent est censé défendre.

Il est vrai que la langue juridique est des plus obscures en la matière. Le détournement de pouvoir est souvent contrôlé par référence à l'abus de droit. Cette confusion est entretenue par la définition proposée par Josserand selon laquelle l'abus se définirait par le dépassement de la finalité sociale des droits. Il peut sembler plus clair de distinguer deux degrés distincts de contrôle. D'une part l'abus de droit, défini par l'utilisation fautive d'un droit. Le critère de l'abus est alors celui de l'intention de nuire ou de ses équipollents : légèreté blâmable, absence d'intérêt à l'acte. D'autre part, le détournement de pouvoir, qui pourrait être réservé aux hypothèses dans lesquelles une prérogative est confiée à un agent dans le but de la satisfaction d'un intérêt distinct du sien.

En retenant cette définition, nous examinerons le mécanisme du détournement de pouvoir puis les limites inhérentes à cette technique de contrôle judiciaire.

1. Le mécanisme de contrôle du détournement de pouvoir

97. Deux applications essentielles du détournement de pouvoir sont connues dans le droit privé : le contrôle des prérogatives des assemblées d'actionnaires, et celui des prérogatives de l'employeur. Pour des questions de cohérence de l'exposé, la question du contrôle de l'exercice des puissances familiales ne sera pas examinée ici.

a)Le contrôle du pouvoir des assemblées d'actionnaires

98. En droit commercial, les prérogatives confiées aux assemblées d'actionnaires trouvent leur fondement et leur limite dans le contrat de société. Aussi conçoit-on que ces prérogatives leur sont confiées dans l'intérêt de la société[281]. Le contrôle du détournement de pouvoir se manifeste dans le contrôle de l'abus de majorité et dans celui de l'abus de minorité.

α) L'abus de majorité

99. Balance d'intérêts

Les juridictions ont accepté de longue date de sanctionner le vote par les actionnaires majoritaires de décisions destinées à favoriser les intérêts de la majorité au détriment des intérêts de la société.

Ce contrôle semble cependant avoir dans un premier temps été limité à un contrôle de l'abus de droit. La Cour de cassation exigeait que fût démontrée l'intention nocive des actionnaires majoritaires[282]. Elle élargit par la suite ce contrôle. Par un arrêt qui fit jurisprudence, elle affirma que l'abus de majorité se déduit d'une décision prise « c*ontrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la*

281. M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, vol. 2, 2e partie, 3e ed., Montchrestien, 1982, n° 781 ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 13e ed., LGDJ 1989, n° 1193 sqq. ; Y. Guyon, Enc. Dalloz, V° *Assemblée d'actionnaires*, n° 289

282. Com. 6 février 1957, JCP 1957, II, 10325

minorité »[283]. Les magistrats contrôlent que l'utilisation des prérogatives sociales est conforme à l'intérêt de la société. Elle exige que soient mis en balance les intérêts de la société et ceux de la majorité.

La Cour de cassation a par exemple admis que pouvait être sanctionné le refus systématique de distribuer des réserves[284] ou la prise en charge du passif d'une filiale[285].

100. Rupture volontaire de l'égalité

Ce contrôle est étroitement circonscrit. Sur le plan probatoire, d'abord, il appartient à celui qui invoque le détournement de pouvoir de montrer que l'acte n'est pas conforme à l'intérêt social et qu'il procède d'une rupture d'égalité intentionnelle de la part des associés majoritaires[286]. Par ailleurs, l'objet même de ce contrôle en limite l'étendue. Bien que la référence à l'intention nocive soit moins prégnante, ce contrôle a toujours pour unique objet de vérifier que la décision prise par la majorité n'a pas été prise dans l'intention d'octroyer des avantages aux associés majoritaires aux dépens des associés minoritaires. Aussi son critère essentiel semble-t-il résider dans la rupture intentionnelle d'égalité[287]. Comme le montre l'arrêt *Cassegrain*[288], ce contrôle n'a pas pour objet de censurer les initiatives malheureuses prises par l'assemblée des actionnaires. En l'absence de preuve de la rupture d'égalité au profit des actionnaires majoritaires, la Cour de cassation censure les immixtions des juges du fond dans les choix politiques des assemblées.

β) L'abus de minorité

101. Abus négatif

La technique du détournement de pouvoir est également employée pour sanctionner l'abus de minorité.

La jurisprudence concerne pour l'essentiel des cas de refus de vote d'une mesure (telle que la modification des statuts) par une minorité d'actionnaires. Le jeu des quorums interdit alors l'adoption de cette mesure.

Par nature, ce contrôle induit une immixtion plus importante du juge dans les choix des assemblées. Contrairement à l'abus de majorité, les minoritaires ne détournent pas à leur profit une partie des richesses de l'entreprise. L'abus n'est ici que négatif[289]. Les juridictions doivent donc procéder à une pesée des intérêts de la société et de ceux des minoritaires. Une telle pesée requiert l'analyse des « *mérites des résolutions écartées par la minorité* »[290]. La preuve de l'abus de minorité est

283. Com. 18 avril 1961, D. 1961, J., p. 661

284. Com. 22 avril 1976, D. 1977, p. 4, note J. Cl. Bousquet ; Com. 6 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 171

285. Com. 29 mai 1972, JCP 1973, II, 17737, n. Y. Guyon

286. F. Mansuy, JCl. Sociétés Fasc. 139-1, n° 157

287. M. de Juglart et B. Ippolito, prec. n° 781-1

288. Com. 21 janvier 1970, JCP 1970, II, 16541, note B. Oppetit

289. Ph. Merle, *L'abus de minorité*, R. J. Com. n° spéc., nov. 1991, p. 84 ; M. Cabrillac, *De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité*, Mel. Colomer, Litec, 1993, p. 109

290. P. Le Cannu, *L'abus de minorité*, Bull. Joly 1986, p. 429

souvent apportée par celle du refus de voter une mesure nécessaire à la survie de la société[291].

Les exemples de l'abus de majorité et de l'abus de minorité montrent que les juridictions acceptent d'exercer un certain contrôle sur les choix opérés par les agents juridiques. La justification d'un tel contrôle se trouve dans l'idée que la prérogative considérée est conférée non dans l'intérêt égoïste de son titulaire, mais est imputée à une personne juridique distincte de celui-ci. Cette idée est sans doute également à l'œuvre lorsque les juridictions sociales contrôlent le détournement de pouvoir de l'employeur.

b) Le contrôle du détournement de pouvoir de l'employeur

102. Distinction de l'abus de droit et du détournement de pouvoir

Il est difficile de déterminer la limite qui sépare en droit du travail le contrôle du détournement de pouvoir de l'abus de droit. Les imprécisions de la définition de ces deux notions conduisent souvent à les confondre. Pour une même question, la Cour de cassation se réfère soit à l'abus de droit, soit au détournement de pouvoir[292]. Certaines décisions se fondent simultanément sur ces deux notions[293]. Les critères utilisés pour l'emploi de ces termes ne sont pas apparents, et semblent dépendre de la motivation de la décision de juges du fond ou des moyens du pourvoi.

Il semble plus exact de considérer que le détournement de pouvoir doit être réservé aux hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation a expressément reconnu à l'employeur le bénéfice de pouvoirs, c'est-à-dire de prérogatives finalisées.

103. Détournement du pouvoir disciplinaire

L'exemple le plus déterminant est probablement celui du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Depuis 1945, la Cour de cassation reconnaît à l'employeur un pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité[294]. De 1945 à 1982, les sanctions disciplinaires ont été prononcées sur ce fondement.

L'analyse de la jurisprudence sur le détournement du pouvoir disciplinaire révèle une jurisprudence très décevante de la Cour de cassation. Les faiblesses de cette construction jurisprudentielle ont été montrées par la doctrine[295].

104. Place du détournement de pouvoir dans le droit contemporain

Dans le droit contemporain, la Cour de cassation continue de se référer à la notion de détournement de pouvoir. Les hypothèses sont variées. Dans certains cas, le détournement de pouvoir est invoqué afin d'opérer un contrôle sur l'exercice d'une prérogative contractuelle conférée à l'employeur. Ainsi est-il affirmé que le jeu d'une clause de mobilité peut être sanctionné en cas de détournement de pouvoir[296]. De même, cette notion est utilisée lorsque l'employeur exerce son

---

291. Com. 15 juillet 1992, Bull. civ. IV n° 279

292. Voir en matière de clauses de mobilité Soc., 9 mai 1990. Bull. civ. V, n° 210 (détournement de pouvoir) et Soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 210 (abus de droit)

293. Voir par exemple Soc 9 octobre 1990, Bull. civ. V, n° 427 ; Soc., 14 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 496

294. Voir Soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946 p. 427 note P. Durand

295. J. Pélissier, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, Mélanges. J. Vincent, Ed. Dalloz, 1981, p. 235

296. Soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 210 ; RJS 1997, n° 794

pouvoir de direction : choix de l'ordre des licenciements[297], refus d'avancement[298], attribution d'une prime d'efficacité[299] ou détermination des conditions de travail[300]. D'autres fois, la notion de détournement de pouvoir est invoquée comme un adjuvant du contrôle des justifications. La notion perd alors sa signification propre, et permet de montrer que le choix opéré n'est pas justifié. Il en est ainsi en matière de licenciement[301] ou de sanctions disciplinaires[302].

2. Les limites du contrôle du détournement de pouvoir

105. Notion de droit - fonction

Sans doute, l'idée qu'un droit puisse être asservi à la satisfaction d'un intérêt social est-elle porteuse d'une imperfection inhérente à la notion de détournement de pouvoir. Les auteurs ont depuis longtemps remarqué que la référence à un « *intérêt de l'entreprise* » ne fournit aucun critère sûr pour apprécier la légitimité d'un acte. Comment définir cet intérêt : intérêt des *managers* qui détiennent le pouvoir de décision dans l'entreprise, intérêt des actionnaires – investisseurs[303], intérêt des travailleurs (lesquels ?) ou intérêt de l'emploi[304] ?

Le caractère très malléable de la notion d'intérêt de l'entreprise laisse au juge tout pouvoir pour caractériser cet intérêt. Le contrôle du détournement de pouvoir peut alors être apparenté à un simple correctif d'équité. Certaines juridictions ont ainsi pu définir le détournement de pouvoir comme synonyme de l'abus de droit, défini dans son sens le plus étroit[305]. Dès lors, l'affirmation d'un contrôle du détournement de pouvoir peut très bien s'accommoder d'un souci de protéger la discrétion des choix opérés par les directions des entreprises. La jurisprudence parvient ainsi à conjuguer le contrôle du détournement de pouvoir avec le refus de toute évaluation des choix de gestion opérés ou avec l'affirmation que le chef d'entreprise est « *seul juge* » de certains choix. L'affirmation d'un contrôle judiciaire des choix du chef d'entreprise peut ainsi ne s'accompagner d'aucun contrôle véritable.

106. Réalisation contentieuse

Tout comme l'abus de droit, le détournement de pouvoir ne bénéficie d'aucun régime spécifique permettant d'asseoir le contrôle judiciaire.

---

297. Soc., 4 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 552

298. Soc 15 avril 1992, Bull. civ. V, n° 274 ; Soc., 18 mars 1992, Bull. civ. V, n° 187, Dr. soc. 1992 p. 475

299. Soc., 9 février 1989, Dr. soc. 1990 p. 83, obs. J.E. Ray

300. Soc., 13 février 1996, Dr. soc. 1996 p. 532, obs. A. Jeammaud

301. Soc., 9 octobre 1986, D. O. 1988, p. 209 ; Pour une application au licenciement pour motif économique, Soc., 13 janvier 1993, Bull. civ. V, n° 9 ; Soc., 2 juin 1993, Dr. soc. 1993 p. 677 (absence de cause économique du licenciement entaché d'un détournement de pouvoir.

302. Crim. 7 février 1989, Dr. soc. 1989 p. 504, note J. Savatier (prononcé de sanctions plus graves en raison de l'activité syndicale)

303. Voir A. Pirovano, *La « boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise*, D. 1997, chr., p. 189

304. Cf. A. Couret, *L'intérêt social*, JCP, Ed. E., Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, 1996, p. 7

305. Voir Dijon, 30 juin 1998, cité in Y. Reinhard, *L'abus dans le contrat de société*, JCP, Ed. E, Cahiers de droit de l'entreprise, 1998, n° 6, p. 10 : l'abus de majorité est assimilé à une hypothèse d'abus de droit et exige, selon cette juridiction, la preuve de l'intention de nuire de celui qui le commet.

Aussi, la preuve du détournement de pouvoir est-elle particulièrement difficile à établir. En théorie, le contrôle du détournement de pouvoir est un contrôle plus objectif que celui de l'abus de droit. Nous avons cependant montré que le contrôle de l'abus de majorité exigeait de prouver l'intention de rompre l'égalité entre les actionnaires, preuve particulièrement difficile à établir.

107. Conclusion : L'inexistence de l'exigence de justification dans le droit privé classique et les progrès de la motivation dans le droit privé contemporain

Le contrôle des droits ne fait que très exceptionnellement place à des aménagements processuels, et l'objet du contrôle opéré demeure très modeste. Comme le note Mme Lemée[306], les droits demeurent faiblement socialisés, et un véritable contrôle de l'abus de droit ou du détournement de pouvoir est rarement mis en place. En outre, les règles de preuve n'en sont jamais aménagées, ce qui rend la réalisation de ce contrôle très hypothétique.

Le droit classique n'admet finalement que des exceptions de portée limitée au principe en vertu duquel les raisons de l'action ne peuvent être appréhendées par les règles de droit. Le contrôle des raisons d'agir se heurte à un double obstacle. Sur un plan théorique, un ferme postulat du droit privé s'oppose à la connaissance même des raisons d'agir. Sur un plan pratique, la connaissance des raisons d'agir se heurte à des questions de preuve difficilement surmontables.

Malgré ces obstacles théoriques et pratiques, le droit du travail moderne a développé un contrôle des justifications d'une grande importance. Cette évolution semble d'ailleurs aujourd'hui irriguer le droit privé au-delà de la seule branche du droit du travail. Le régime du contrôle des justifications semble s'imposer progressivement comme un modèle du contrôle des pouvoirs dans le droit privé[307].

Trois domaines semblent particulièrement affectés par ces évolutions : le droit des mandats d'intérêt commun, celui des baux d'habitation et celui des contrats de distribution.

108. Les motifs légitimes de rupture du mandat d'intérêt commun

Le mandat d'intérêt commun est un contrat dans lequel le mandataire agit à la fois dans l'intérêt du mandant et dans son intérêt propre[308]. La communauté d'intérêts qui unit les contractants interdit au mandant de révoquer le contrat *ad nutum*. La Cour de cassation affirme que la rupture est impossible « *sans cause légitime* » de rupture[309].

Cette exigence d'un juste motif semble assez proche de l'exigence d'une justification. La ressemblance est d'autant plus frappante que la jurisprudence admet

306. J. Lemée, op. cit. p. 342

307. Sur l'analyse du droit du travail comme modèle pour la diffusion de règles applicable aux conrats de dépendance cf. T. Revet, in Les frontières du salariat, Dalloz-Rev. jur. idf. 1997, p. 201

308. La Cour de cassation considère que l'intérêt commun est réalisé lorsque les contractants poursuivent un objet commun (exemple : copropriété sur un bien, clientèle commune, etc.) il n'est pas suffisant que le mandataire soit rémunéré par le mandant pour qu'il ait avec lui un intérêt commun (Com. 20 janvier 1971, Bull. civ. IV, n° 20). Il convient d'ajouter que le législateur a attribué la qualification de mandat d'intérêt commun au contrat liant un agent commercial et son mandant (Loi du 25 juin 1991, article 4).

309. Civ. 13 mai 1885, S. 1887, I, 220 ; Plus récemment, voir encore Civ. 1er juillet 1986, Bull. civ. I n° 186 ; Com. 18 janvier 2000, CCC 2000, p. 75, n. L. Leveneur

non seulement des motifs de rupture inhérents à la personne du mandataire[310], mais encore des motifs liés à l'organisation des affaires du mandant[311]. Ces derniers doivent être réels et graves. Il ne suffit pas que le mandant poursuive une finalité égoïste, telle que la recherche de l'accroissement de ses profits : la réorganisation doit être nécessaire à l'organisation de l'entreprise[312]. Il semble dès lors difficile que ce contrôle ne s'apparente pas à un contrôle des mobiles.

Pour autant, il convient de préciser que cette conception du mandat d'intérêt commun est récente. Certains auteurs la perçoivent comme le signe de la définition d'un régime spécifique de contrôle de la rupture de tous les contrats à durée indéterminée dans le droit contemporain[313]. Il est exclu de penser qu'une telle préoccupation animait les magistrats lorsqu'ils ont créé la notion de mandat d'intérêt commun à la fin du XIXe siècle. Ces règles ont été créées parce que le mandat d'intérêt commun a été perçu comme irrévocable en tant qu'accessoire d'un contrat principal stable[314]. Dès lors, la recherche d'une cause légitime de rupture s'apparente aisément à une forme de résolution anticipée. La référence à la « *cause légitime reconnue en justice* » renvoie simplement à une recherche de l'inexécution imputable au mandataire. L'admission - par ailleurs tardive - de causes « *économiques* » de rupture du contrat de mandat d'intérêt commun est une méprise sur les raisons de l'exigence d'une cause légitime.

La jurisprudence contemporaine semble avoir interprété cette notion au regard du droit de la rupture du contrat de travail, mais sa signification initiale est tout autre. Le mandataire, dans cette conception originaire, bénéficie d'un droit au maintien de son contrat, ce qui n'est évidemment pas le cas du salarié dont le contrat à durée indéterminée est rompu. C'est parce qu'il porte atteinte à un droit de son cocontractant que le mandant doit avoir des motifs légitimes de rupture. Quoi qu'il en soit, cette surveillance judiciaire des mobiles ne s'accompagne nullement de l'institution de procédures contentieuses ou extrajudiciaires permettant un contrôle approfondi de la rupture de ce contrat.

109. Résiliation du contrat de bail d'habitation

En matière de baux d'habitation, des dispositions législatives récentes ont institué un contrôle des motifs de congé. Selon l'article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, le congé donné par le bailleur doit être « *justifié* » soit par la décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un « *motif légitime et sérieux* » tel que

310. Com. 26 novembre 1974, D. 1975, IR 23 (négligence du mandataire) ; 16 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 109 (détournement de clientèle)

311. Com. 28 mai 1963, Bull. civ. IV n° 259

312. Voir J. Ghestin, *Le mandat d'intérêt commun*, Mélanges Derrupé, Litec 1991, p. 105, n° 3

313. P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, JCP, Cahiers de droit de l'Entreprise 1998, n°6, p. 34

314. F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 3e ed., Dalloz, 1996, n° 672

l'inexécution de ses obligations par le locataire[315]. Ces motifs doivent être énoncés par écrit.

Ces dispositions sont assez proches de celles connues en droit du travail. Elles ne constituent pourtant qu'une obligation de justification très partielle. L'obligation du bailleur est une simple obligation de motivation de l'acte, et le droit ne prévoit aucune procédure contentieuse permettant d'assurer une réalisation contentieuse au contrôle des motifs[316]. Le contrôle judiciaire sur les motifs demeure peu développé. Les auteurs estiment que la décision de reprendre ou de vendre le logement conserve un « *caractère péremptoire* »[317]. Signe du caractère peu opératoire de ces dispositions, les arrêts relatifs aux motifs légitimes et sérieux sont peu nombreux[318]. Le rapprochement des règles sur le bail d'habitation avec les règles du droit du travail est encore plus patent en matière de discrimination dans l'accès au logement. La loi du 17 janvier 2002 a calqué le régime de preuve sur celui appliqué en droit du travail. En cas de litige, le preneur devra avancer des faits qui laissent supposer une discrimination. Il appartient ensuite au bailleur de prouver que sa décision est justifiée. Ces dispositions permettent un contrôle des justifications aussi bien dans le refus de louer que dans la résiliation du contrat de bail.

110. Droit de la distribution

Le renforcement du contrôle judiciaire de la motivation est enfin illustré de façon remarquable par la jurisprudence relative aux contrats de distribution.

Une série de décisions a mis en avant une exigence de motivation dans ces contrats. Trois exigences ressortent de la jurisprudence. En premier lieu, la Cour de cassation impose au concédant qui envisage de rompre un contrat d'entendre les explications de son cocontractant. L'arrêt Opel France du 8 octobre 2003[319] a énoncé que la bonne foi contractuelle impose au concédant de « *recueillir les explications de son concessionnaire avant de résilier le contrat et de respecter un préavis d'une durée conforme aux usages de la profession* ». En second lieu, la Cour impose une explication de la décision. Dans un arrêt du 2 juillet 2002 consacré à un refus d'agréer un concessionnaire dans le cadre d'un réseau de concessions automobiles, la Chambre commerciale a fait valoir qu'il appartenait au concédant de motiver le

---

315. L'emploi du terme « *justifié* » a été substitué au terme « *fondé* » issu de la loi précédente du 22 juin 1982. L'introduction de ce terme provenait de la volonté d'accroître le contrôle judiciaire sur le congé. Le rapporteur de la loi déclarait ainsi que l'introduction de ce terme avait « *pour objet, en cas de contestation, de donner au juge les moyens de vérifier la réalité du motif allégué, alors que la simple référence au simple fondement du congé sur l'un de ces motifs ne lui laisse que la possibilité de constater formellement que le congé mentionne un motif sans pouvoir en apprécier l'existence* » ((M. Colombet, Doc. A.N. 1988-1989, 2e session, n° 689, p. 30, cité in Cl. Giverdon, J.Cl. *Bail à loyer*, Fasc. 133 (1996), n° 22). Cette réforme terminologique n'a cependant pas permis une transformation des règles appliquées dans le contentieux (Cl. Giverdon, id. n° 23).

316. Voir toutefois Versailles 15 janvier 1999, RD imm. 1999, p. 315, obs. F. Collart-Dutilleul, imposant au bailleur de prouver qu'à la date du congé il pouvait justifier d'un intérêt à délivrer le congé.

317. C. Giverdon, prec., n° 23.

318. Ce motif est le plus souvent lié à l'inexécution de ses obligations par le locataire (F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, prec., n° 571), ce qui le rapproche du contentieux sur la résolution. Une jurisprudence assez peu fournie (surtout issue des juridictions du fond) concerne les autres motifs de rupture : démolition de l'immeuble loué (TI Paris 5 juin 1996, Rev. Loyers, 1997, p. 32), volonté d'occuper le logement par le bailleur (CA Paris, 2 mai 1984, D. 1984, IR, p. 324, obs Giverdon ; Civ. 3e, 7 février 1996, Bull. Civ. III, n° 35)

319. Com. 8 octobre 2003, RDC av. 2004, p. 392 obs. M. Behar-Touchais

refus d'agrément afin de permettre au premier de vérifier si la décision est « *fondée sur un examen équitable et soigneux* »[320]. Enfin, la Cour exige que le motif des décisions adoptées soit compatible avec un minimum de justice : la Cour opère un contrôle de la légitimité des décisions. Le second attendu de l'arrêt du 2 juillet 2002 impose aux juges du fond d'examiner si les motifs avancés par le concédant au cours du litige étaient « *de nature à justifier son refus d'agrément* ».

Il serait abusif de considérer que ces règles déterminent un régime de contrôle unique : les arrêts sont souvent rédigés en termes trop factuels pour se prêter à une interprétation trop systématique. Ils montrent néanmoins que les juridictions passent aujourd'hui outre les objections autrefois dressées au contrôle judiciaire des motifs. Nombre de décisions se montrent d'ailleurs fort audacieuses dans ce contrôle[321].

Le droit du travail ne se distingue donc plus aujourd'hui par une différence de nature du contrôle opéré sur les décisions des contractants mais par une intensité différente de ce contrôle, ainsi que par un nombre de règles et un volume contentieux et sans rapport avec ce que connaît le droit des contrats. L'étude de l'exigence de justification n'en prend que plus de relief.

---

320. Com. 2 juillet 2002, Bull. Civ. IV, n° 113 , D. 2003, p. 95, note D. Mazeaud, R.T. Dr. civ. 2002, p. 810 obs. B. Fages et J. Mestre, RDC 2003, p. 50 note Ph. Stoffel-Munck

321. Voir en particulier la sanction des ruptures de contrats peu de temps après que le contractant ait incité son cocontractant à réaliser des investissements (Com. 5 avril 1994, D. 1995, p. 90 som. D. Mazeaud ; JCP 1994, I, 3803 obs. C. Jamin ; Com. 20 janvier 1998, D. 1999, p. 114, som. D. Mazeaud. Voir également la sanction d'une décision par laquelle le contractant impose davantage de sacrifice à ses cocontractants qu'il ne s'en impose à lui-même : Com. 15 janvier 2002, D. 2002, p. 1974, note P. Stoffel-Munck, JCP 2002, II, 10157, note C. Jamin ; Rev. trim. dr. civ. 2002, p. 294 obs. B. Fages et J. Mestre.

Chapitre 2

LE DÉVELOPPEMENT DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

111. Le contrôle judiciaire des choix des entreprises rompt avec les conceptions les plus fermement établies du droit privé, selon lesquelles les raisons d'agir ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. L'évocation des origines textuelles de l'exigence de justification (Section 1) précédera l'exposé de son champ d'application (Section 2).

Section 1. Les origines textuelles du contrôle des justifications

Section 2. Champ d'application de l'exigence de justification

SECTION 1. LES ORIGINES TEXTUELLES DU CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS

112. Rupture

L'ensemble des règles classiques du droit français s'opposait à l'imposition à un particulier d'un impératif de justification. Il ne semble pas entièrement satisfaisant d'affirmer que le droit du travail serait passé de la contemplation passive des droits unilatéraux de l'employeur au contrôle d'un acte juridique[322]. La théorie de l'acte juridique, congruente avec la théorie des droits subjectifs, s'oppose au contrôle des justifications. Le principe du consensualisme exclut que des conditions de forme ou de fond fassent obstacle à la vigueur de ces actes. L'introduction d'un impératif de justification à la charge de l'employeur supposait une rupture avec les conceptions juridiques classiques issues du droit des contrats ou du droit de la responsabilité, qui permette de conférer des droits nouveaux au profit des personnes. Aussi n'est-il pas étonnant de constater que l'impératif de justification a été introduit à l'origine par des normes internationales, par nature étrangères aux traditions formelles des droits nationaux, et destinées à protéger les droits des personnes (§1). L'irruption de cet impératif dans l'ordre juridique français provient pour l'essentiel de la loi du 13 juillet 1973 (§2). De nombreuses dispositions ultérieures ont considérablement étendu le champ de cet impératif (§3).

---

322. Voir l'analyse livrée en ce sens par G. Lyon-Caen et M.C. Bonnetête, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, Dr. soc. 1973, p. 493

§1. LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS DANS LE DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL

Les normes de l'Organisation Internationale du Travail (A) sont à l'origine d'une évolution de la plupart des ordres juridiques nationaux (B).

A. LES NORMES DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

113. Recommandation n° 119 (1963)

L'Organisation Internationale du Travail fut et demeure l'une des sources d'inspiration de premier plan du droit du travail[323]. Dans les questions qui intéressent le licenciement, trois textes sont d'une particulière importance.

Le premier texte a été adopté en 1963. La recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail prévoit que le licenciement ne peut intervenir que pour un « *motif valable (...) lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* » (article II (1)). Cette recommandation énumère également des motifs qui ne peuvent être considérés comme valables : la religion, la race, le sexe ou l'appartenance syndicale ne peuvent fonder une décision. Elle exige la possibilité de contester les motifs du licenciement. Elle précise enfin qu'une réparation du préjudice doit être accordée en cas de violation de ces règles, sous forme de réintégration ou de l'octroi d'une indemnisation adéquate.

Cette recommandation fut d'une particulière importance au regard de l'évolution des droits du travail nationaux. Elle autorisait une rupture avec les prémisses du droit privé s'opposant à tout contrôle des mobiles des sujets de droit.

Elle exige une justification des licenciements. Les experts internationaux ont même pu affirmer qu'elle met à l'œuvre un « *principe fondamental de la justification* »[324]. Outre ces dispositions sur la justification du licenciement, la recommandation comportait des stipulations importantes concernant le préavis (article 7), la consultation des représentants du personnel en cas de « *réduction du personnel* » (article 13), ainsi que sur les critères de choix des salariés touchés par une mesure de réduction des effectifs (article 15).

114. Convention n° 158 (1982)

Ces stipulations furent reprises dans la convention n° 158, sur le licenciement, de 1982. La liste des discriminations prohibées fut complétée par l'interdiction des licenciements motivés par la grossesse ainsi que ceux motivés par des absences temporaires pour maladie ou accident. La Convention ajoutait également des dispositions sur les procédures de licenciement (article 7), ainsi que sur la preuve

---

323. J.-M. Verdier, *L'apport des normes de l'OIT au droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 51 ; adde N. Valticos, Droit international du travail, 2e ed., Dalloz, 1963 n° 576 sqq.

324. B.I.T, . *Protection contre le licenciement injustifié*, CIT, 82e session, Genève, 1995, Rapport III, partie 4B, p. 3. ; Adde pour une étude du droit du licenciement dans les pays de l'Union Européenne, Commission européenne, Cessation de la relation de travail, Situation juridique dans les Etats membres de l'Union européenne, 1997, disponible sur le site de la Commission européenne : http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/termination_emp_relation_report_fr.pdf

judiciaire du motif (article 9-2), en particulier sur la preuve des licenciements motivés par les « *nécessités du fonctionnement de l'entreprise* ».

Cette Convention fut enfin complétée par la Recommandation n° 166 sur le licenciement. Celle-ci affirme que le licenciement ne doit pas être justifié par l'âge, ou par des absences pour service militaire, ou autres obligations civiques. Elle prévoit également des recommandations importantes sur les procédures de licenciement (articles 7 à 13).

Contrairement à de nombreuses idées reçues chez les juristes français, certaines de ces règles de l'Organisation Internationale du Travail sont davantage protectrices des salariés que ne le sont les règles du droit français[325]. A ce titre, il convient de signaler l'article 8 de la Recommandation n° 166, offrant le bénéfice d'une procédure spécifique aux salariés licenciés pour insuffisance professionnelle[326]. Il convient également de signaler les recommandations consacrées aux licenciements pour motif économique : justification (article 19), consultation (article 20), limitation du nombre de licenciements (articles 21 sqq.), critères d'ordre et priorité de réembauchage (article 24).

L'importance des normes de l'O.I.T. relatives au licenciement provient de l'introduction d'un principe de justification. De manière significative, la Convention n° 158 consacre une section entière à la « *Justification du licenciement* » (Partie II, section A). Les principes généraux applicables à cette justification imposent une distinction essentielle entre trois catégories de motif : la conduite du salarié, son aptitude, et les nécessités de fonctionnement de l'entreprise (article 4)[327].

B. L'APPORT DES NORMES DE L'OIT AUX DROITS NATIONAUX

115. L'introduction d'un principe de justification du licenciement dans le droit international est d'une grande importance, non seulement au regard des effets produits sur les droits positifs des différents pays, mais encore par l'exigence d'une protection croissante des droits fondamentaux de la personne du salarié.

1. Effets sur les ordres juridiques nationaux

116. Force juridique des normes de l'O.I.T.

Les normes de l'O.I.T. sur le licenciement ont eu une grande influence sur les droits nationaux. Ceci explique que des dispositions sensiblement proches se retrouvent dans de nombreux droits.

---

325. La France a ratifié la Convention et la Recommandation le 16 mars 1989. La Convention est donc en principe une norme valide dans l'ordre juridique français. La Recommandation n'engage qu'à une sorte d'obligation de moyens : elle oblige les Etats à faire le nécessaire en vue d'une mise en conformité du droit national avec la recommandation. Voir G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, n° 179.

326. Article 8 de la Recommandation n° 166 sur le licenciement : « *Un travailleur ne devrait pas être licencié pour insuffisance professionnelle, à moins que l'employeur ne lui ait donné les instructions appropriées et ne l'ait dûment averti par écrit et que le travailleur continue à ne pas s'acquitter de son travail de manière satisfaisante après l'expiration d'un délai raisonnable qui devrait lui permettre d'y parvenir.* »

327. Cf. infra n° 369

Les normes de l'O.I.T. n'ont certes aucun effet direct sur les ordres nationaux. Les Conventions de l'O.I.T. ne sont pas directement contraignantes, et requièrent une ratification par les États[328]. A défaut de ratification, les États ne sont tenus que de présenter des rapports justifiant des raisons pour lesquelles les conventions n'ont pas été ratifiées[329]. La France a ratifié la Convention n° 158 en 1989[330]. De nombreux pays de l'Union européenne ne l'ont pas encore fait[331].

L'influence des règles de l'O.I.T. sur les règles régissant le licenciement s'étend au-delà des pays ayant ratifié la Convention. La Recommandation n° 119 semble avoir inspiré de nombreux législateurs. La plupart des ordres juridiques nationaux ont évolué vers un contrôle juridique des justifications patronales dans la période postérieure à cette recommandation.

117. Évolution des règles sur le licenciement

Les droits des trois principaux pays voisins de la France ont connu des évolutions importantes avant que le droit français du licenciement n'évolue. Ces évolutions ont été utilisées comme exemples par le législateur français. En premier lieu, la loi italienne du 17 juillet 1966, améliorée en 1970, exige que le licenciement soit pourvu d'une « *juste cause* ». La loi allemande du 15 janvier 1975 avait accru les prérogatives de cogestion en matière de licenciement en imposant que le licenciement soit « socialement justifié »[332]. La loi anglaise du 5 août 1971 (*Industrial Relations Act 1971*) posait les bases du droit anglais prohibant les licenciements illégitimes (*unfair dismissal*)[333].

118. Diversité de l'expression normative

Ce contrôle est cependant prescrit de différentes manières. Certains pays ont choisi d'énumérer une liste limitative de motifs pouvant légitimer le licenciement, tels l'Espagne ou le Portugal. D'autres pays reprennent une énumération de motifs généraux justifiant le licenciement, calqués sur la rédaction de l'article II 2. (1) de la Recommandation, à l'instar des droits allemands et anglais. D'autres encore se contentent d'un unique référent linguistique, comme la France. Les pays (tels le Japon et la Belgique) qui ont maintenu la référence à l'abus de droit, l'ont complétée par l'institution de procédures spécifiques[334].

119. Droit communautaire

Il convient enfin de signaler que les autorités communautaires ont tenté d'intégrer les nouvelles normes de l'OIT sur le licenciement dans l'ordre communautaire. Un Rapport de synthèse de la Commission publié en mai 1972 avait émis des propositions en ce sens. Il prévoyait notamment la communication par écrit

---

328. G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, prec. n° 167 sqq.

329. id. n° 169

330. v. supra, note 325

331. Les pays ayant ratifié cette convention dans l'Union Européenne sont l'Espagne, le Portugal, la Finlande, la Lettonie, le Luxembourg, la Slovénie et la Suède. Les autres Etats ayant ratifié la Convention sont la Serbie, le Venezuela, l'Ethiopie, la RD du Congo, le Cameroun, Chypre, le Malawi, le Niger, la Zambie, l'Ouganda, le Gabon, le Yémen, la Slovénie, la Bosnie-Herzégovine, l'Australie, le Maroc, l'Ukraine, le Brésil, la Turquie, la Macédoine, la Namibie, la Moldova, le Lesotho.

332 M. Schleg, Le licenciement collectif pour motif économique en droit allemand, Dr. soc. 2003.522

333. Voir LS Doc. S, n° 87/72 du 6 septembre 1972 pour un tableau comparatif de ces législations.

334. Pour une étude d'ensemble des droits nationaux du licenciement, voir B.I.T, *Protection contre le licenciement injustifié*, prec. n° 80 sqq.

les motifs du licenciement, une consultation des instances représentatives du personnel, l'attribution à l'employeur de la charge de la preuve du bien fondé du licenciement, ainsi que l'octroi d'un préavis et des indemnités minimales de licenciement[335]. Ce projet n'a pas abouti. L'intervention de la Communauté européenne en matière de licenciement a été limitée aux licenciements collectifs pour lesquels la directive 75/129 a imposé une obligation de consulter les institutions représentatives du personnel, ainsi qu'une notification du projet de licenciement aux autorités étatiques[336].

Le principe d'une obligation pour l'employeur de justifier les licenciements, ainsi que celui d'un contrôle judiciaire de la cause de licenciement ont donc été initiés par des normes internationales. L'importance de ces dispositions n'est pas limitée à leur force normative. Elles conduisent également à admettre la valeur de principes fondamentaux dans le droit du licenciement.

2. Une finalité originale : la protection des droits de la personne du salarié

120. Droits de l'homme

Les règles de l'O.I;T., comme de nombreuses règles de l'ordre international, trouvent leur justification dans la recherche d'une protection des droits fondamentaux de la personne du salarié. Ce fondement peut être attribué aux règles de protection des salariés contre le licenciement injustifié. Le contrôle des motifs des actes juridiques ne peut trouver son fondement dans les règles habituelles régissant les droits patrimoniaux. Il ne confère au salarié aucun droit de créance qu'il puisse faire valoir contre l'employeur. Plus précisément, il n'offre aucun droit à la stabilité dans l'emploi, il ne fonde aucun droit de propriété sur ce dernier[337]. Ce contrôle fournit pour seule garantie un exercice rationnel du pouvoir de direction. Il est destiné à protéger le salarié en tant que personne, plutôt qu'en tant que contractant titulaire de droits de nature patrimoniale[338].

Le concept de droit de l'homme[339] est peut-être trop large et trop imprécis pour caractériser la nature de la protection offerte par le contrôle des justifications. Ce contrôle protège deux droits plus précis : la dignité et l'autonomie des travailleurs[340].

121. Dignité

Le contrôle des actes de l'employeur est avant tout destiné à protéger la dignité des salariés. Entendons par là qu'il permet de protéger des qualités liées à

335. Voir J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974, p. 4 sq.

336. Directive 75/129 CEE du Conseil du 17 février 1975, sur laquelle voir infra n° 160

337. Cf les réflexions menées dans les années 1960 sur ce thème, A. Brun, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719

338. Sur la distinction des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux dans les relations de travail, Cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 75 sqq.

339. les droits de l'homme s'entendent des prérogatives reconnues aux individus contre l'arbitraire du pouvoir dans le but de protéger les caractères essentiels propres à l'être humain (Cf. B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, chr., p. 185, n° 7) ; Sur l'importance des droits de l'homme dans le droit du travail voir J.M. Verdier, En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme, Mélanges Jean Savatier, Puf, 1992 p. 427

340. Voir H. Collins, *Justice in Dismissal. The law of termination of employment*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 16 sqq.

l'appartenance au genre humain[341]. Les choix de l'employeur peuvent affecter l'identité, les revenus, et les conditions de vie des salariés. L'emploi de l'argument d'autorité – *je vous licencie parce que je le peux et je le veux* – traduit une réification du travailleur, la réduction de la force de travail au seul rang de moyen de production. Le respect de la dignité de la personne exige au contraire pédagogie et explication, afin que celui qui subit les principaux effets d'un choix soit capable d'en comprendre les raisons. Il exige de traiter les êtres comme « e*go et égaux* »[342] afin de satisfaire leur *volonté de savoir*.

On objectera sans doute que cette conception de la dignité est bien faible, qui permet non une protection absolue, interdisant l'acte lui-même, mais une vague conciliation entre son respect et d'autres intérêts[343]. L'argument n'est pas décisif en ce qui concerne l'impératif de justification. Protéger le salarié contre le licenciement arbitraire, c'est simplement considérer que l'homme trouve en lui-même sa propre finalité. Ceci exige que toute décision qui implique autrui soit expliquée et débattue avec lui. Il n'est pas question d'aller plus loin, et d'interdire le licenciement. Le contrôle du licenciement est une protection contre l'exercice arbitraire d'un pouvoir, non une négation du pouvoir.

122. Autonomie

Le contrôle du licenciement ne protège pas seulement le salarié dans sa dignité. Elle permet également de préserver son autonomie. Elle lui permet de participer à la détermination des normes qui régissent son devenir. La promotion de l'autonomie des personnes est d'ailleurs un thème qui justifie la promotion de nombre de droits fondamentaux. La protection de la vie privée en est le meilleur exemple[344] La justification exige d'établir un débat sur les raisons des actes. Ce débat doit permettre aux salariés d'influer sur les choix de l'employeur, soit par la contestation de la réalité des faits lorsque le licenciement intervient pour une raison inhérente à la personne du salarié, soit en facilitant la recherche de solutions alternatives au licenciement lorsque le licenciement résulte d'un choix d'organisation.

Cette promotion de l'autonomie des salariés a récemment été confortée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui reconnaît le droit pour tout *travailleur* « *à une protection contre tout licenciement injustifié* »[345]. La rédaction très large de ce texte –qui confère des droits non seulement aux salariés

---

341. Cf. B. Edelman, prec. n° 9 sq. Précisons que la notion de dignité est une source philosophique de la protection des droits du salarié. Il n'est pas question de soutenir que ce serait le concept juridique de dignité qui est directement protégé ici. Sur cette notion, cf. B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?*, D. 19996, chr. p. 282 ; V. Saint James, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, D. 1997, chr. p. 61 ; Pour une critique de cette notion cf. C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999, p. 203 sqq.

Les règles du droit contemporain accordent une attention croisante à la protection de la dignité de la personne humaine : voir en particulier le chapitre 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 (protection du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne, à la prohibition de la torture, des traitements dégradants et de l'esclavage). La notion de dignité a également été placée au cœur de la définition du harcèlement moral : voir l'article L. 222-33-2 C. Pén. et l'article L. 122-53 C. Trav.

342. Expression de B. Edelman, prec. n° 8

343. Voir C. Atias, prec., p. 206 sq.

344. O. de Schutter, La vie privée entre droit de la personnalité et liberté, RTDH 1999, p. 827

345. Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, article 30, JOCE C. 364-1 du 18/12/2000

mais à tout travailleur- pourrait d'ailleurs donner un fondement à l'extension de l'exigence de justification pour toute relation de travail, subordonnée ou non[346].

Ces principes de protection de la dignité et de l'autonomie des salariés, exigés par les règles internationales sur le licenciement ont été mises en œuvre en France par la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement.

§2. LA LOI DU 13 JUILLET 1973

123. En rupture avec des principes fermement établis dans le droit civil classique, la loi du 13 juillet 1973 introduit dans notre droit une obligation de justifier les licenciements. L'employeur est tenu de prouver la cause réelle et sérieuse de licenciement, et le juge se voit confier la mission de contrôler cette cause. L'importance de cette innovation surprend tant le projet législatif à son origine est médiocre.

A. UN PROJET POLITIQUE PEU AMBITIEUX

124. La loi du 13 juillet 1973 ne peut être vue comme le produit d'une réflexion approfondie sur les règles du droit du travail. La portée des évolutions qu'elle induisait ne fut pas suffisamment mise en avant dans les analyses doctrinales.

1. Faiblesses du projet

125. Lieux communs

La loi du 13 juillet 1973 a permis une évolution importante du droit du travail. Les débats auxquels elle donna lieu furent cependant ternes. Aux rapports peu ambitieux succédèrent des débats parlementaires très attendus. L'intervention législative semblait essentiellement motivée par le désir de désamorcer un mouvement de grogne sociale naissante[347]. Le projet législatif manquait à l'évidence d'envergure. Les rapports parlementaires et débats se contentent souvent de lieux communs. Le but de la réforme n'est exprimé qu'en termes très généraux. Les rapports énoncent qu' « *on ne protégera jamais assez le salarié contre les risques d'un licenciement qui peut être dramatique* »[348], ou indiquent un désir d'assurer « *plus de dignité et plus de sécurité aux salariés* »[349]. Ces préoccupations sont contrebalancées par le souhait de protéger la liberté d'entreprendre, et de ne pas

346. Cet effet pourrait être produit malgré la limitation de l'application de la Charte aux Etats membres « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (article 51). On peut en effet considérer que le respect de l'exigence de justification, appliqué à des travailleurs non subordonnés, constitue une règle qui concerne de façon importante le respect des conditions de la concurrence, sur lesquelles les compétences de l'Union sont très étendues.

347. G. Lyon-Caen, M. Bonnetete, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973* prec., Dr. soc. 1973, p. 493

348. Rapport Bonhomme, Assemblée Nationale, n° 352, Annexe au procès verbal de la séance du 17 mai 1973, p. 21

349. id. p. 22

porter atteinte aux prérogatives patronales. Ainsi les promoteurs de la loi ont-il pu affirmer leur refus de décourager « *l'esprit d'entreprise* », et de retirer « *toute souplesse et spontanéité à la vie économique* »[350]. Le projet a parfois également été rattaché au projet gaulliste de la politique de participation[351]. Rapportée à des dispositions relatives à la résiliation du contrat de travail, cette référence paraît quelque peu surprenante.

L'exposé des motifs de la loi affiche pour l'essentiel une volonté de tenir compte de « *l'évolution des mœurs* », et « *d'assurer une protection efficace contre les décisions à caractère unilatéral qui pourraient revêtir une forme arbitraire* »[352]. Il est surprenant que le rapport parlementaire s'inspire d'expériences étrangères, mais ne mentionne pas la recommandation de l'O.I.T.[353].

Les rapports et débats parlementaires se contentent donc de vagues affirmations, et ne procèdent d'aucune analyse précise du contrôle judiciaire de l'abus du droit. Le manque d'audace du projet législatif a conduit la doctrine à ne pas suffisamment prendre conscience de l'importance de la portée des évolutions de la loi de 1973 au regard des principes classiques du droit privé.

2. Analyses doctrinales

126. Commentaires de la loi du 13 juillet 1973

La pusillanimité du projet législatif a été mise en avant par la plupart des commentateurs de la réforme du droit du licenciement. M. Pélissier exprime sans doute une conception largement partagée par la doctrine de l'époque, lorsqu'il affirme : « *s'il n'y a pas de transformation profonde du droit de licenciement, du moins y a-t-il des innovations qui ne sont pas sans intérêt pour les travailleurs* »[354]. Cet auteur estimait d'ailleurs que la nouvelle loi « *laisse intact le droit de résiliation unilatérale* », et il emploie encore l'expression « *abus de droit* »[355]. Mme Rongère insiste davantage sur la rupture qu'induit l'abandon de la notion d'abus de droit au profit d'un contrôle de la légitimité des actes[356]. Tous les commentateurs sont cependant mesurés, et insistent sur l'importance du travail d'interprétation laissé aux magistrats[357]. Cette prudence les conduit à négliger pour une grande part la théorie juridique, et à concentrer leurs études sur les aspects techniques de la loi de 1973 : règles de procédure, de fond, de preuve, ainsi que sur les sanctions attachées à la méconnaissance de ces normes.

---

350. ibid.

351. Voir la déclaration du ministre du travail G. Gorse à la séance du 22 mai 1973 à l'assemblée nationale. J. O. Deb. Parl. n° 32 A.N. du 23 mai 1973, p. 1445.

352. Projet de loi n° 197, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 avril 1973

353. Voir le *Rapport Bonhomme*, Annexe au P.V. de la séance du 17 mai 1973, projet n° 352

354. J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, D. 1973, chr., p. 254

355. id. p. 254 et p. 256 respectivement

356. P. Rongère, *La réforme du droit de licenciement, Economie et humanisme*, septembre – octobre 1973, p. 39

357. G. Lyon-Caen, M.C. Bonnetête, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, Dr. soc. 1973, p. 497 ; P. Rongère, prec. p. 45 ; J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, Ed. Sirey, 1974 p. 1 : « *la réforme sera ce que les juges voudront qu'elle soit.* »

L'analyse juridique est en réalité perturbée par l'imprécision de la notion de droit « *causé* », ainsi que par la difficulté d'interprétation des règles de preuve instituées par la loi de 1973.

127. Le licenciement, « droit causé » ?

A la suite de l'affirmation de M. Pélissier, la plupart des auteurs ont repris l'idée que le licenciement était devenu un « *droit causé* »[358]. Il conviendrait d'entendre par là que « *l'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail pour n'importe quel motif ; il ne peut le dénoncer que s'il existe une cause réelle et sérieuse* »[359].

L'affirmation n'est sans doute pas erronée, mais elle manque de précision. La théorie juridique opposait jusque là les droits discrétionnaires et les droits contrôlés[360]. Ces derniers désignaient les droit pouvant faire l'objet d'un contrôle de l'abus de droit. Les droits causés désignent-ils une nouvelle catégorie au sein de ces droits contrôlés ? La notion de cause, appliquée à un acte unilatéral devait-elle recevoir une nouvelle définition ? Ces questions ne reçoivent point de réponse dans ces assertions doctrinales. Tout comme la notion de droit *contrôlé*, la notion de droit *causé* n'évoque que l'idée d'un contrôle judiciaire sans définir le régime de contrôle de ces droits. Il n'est pas faux d'affirmer que le droit de licencier est devenu un droit *causé*, mais il convient de préciser ce que ce terme signifie.

128. Difficultés d'interprétation des règles de preuve

Le manque d'audace du législateur a débouché sur la construction d'un système de preuve de la cause du licenciement obscur et difficile à comprendre. Les parlementaires avaient souhaité alléger le fardeau probatoire pesant sur le salarié, sans aller jusqu'à renverser la règle de preuve au détriment de l'employeur. Cette question fut d'ailleurs longuement débattue. Le texte voté dispose que « *le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* » (actuel article L. 122-14-3 du Code du travail).

Les parlementaires estimèrent avoir institué une procédure inquisitoire, dans laquelle le juge disposait d'un pouvoir actif dans la recherche des preuves[361]. Ils considéraient donc que l'instauration d'une telle procédure permettrait de régler la question de la charge de la preuve.

Ainsi que tous les commentateurs l'ont noté, la loi du 13 juillet 1973 n'a pas permis de régler entièrement la question de la preuve de la cause réelle et sérieuse. Elle a réglé la question dite de l'administration de la preuve, mais non celle du risque de la preuve. La loi de 1973 n'ayant pas tranché cette question, la solution est laissée à l'interprétation jurisprudentielle.

129. Charge de la preuve et charge de l'allégation

---

358. Voir J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, prec. p. 83 ; voir par la suite G.H. Camerlynck, prec. n° 445 ; J. Pélissier, A. Supiot A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 20e édition, 2000, n° 407 ; Voir de même F. Favennec Héry, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, Dr. soc. 1985, p. 179, se référant à un « *droit conditionné* »

359. J. Pélissier, prec. p. 83

360. Voir A. Rouast, prec.

361. Voir J. Foyer, JO Deb. Parl. A.N. du 30 mai 1973, p. 1620

Une grande partie de la doctrine a tenté de présenter la question de la preuve de la cause réelle et sérieuse par la distinction entre la charge de la preuve et la charge de l'allégation.

Cette distinction a été systématisée par Mme Favennec Héry ; de nombreux auteurs semblent aujourd'hui l'accepter[362]. Certains magistrats avaient auparavant suggéré d'opérer cette distinction[363]. Elle provient d'une réflexion théorique sur la réalisation des droits développée par Motulsky[364]. Selon lui, le rôle des parties dans l'instance se divise en deux temps. Dans un premier temps, les parties doivent satisfaire la charge de l'allégation. Celle-ci correspond à la « *nécessité pour toute partie faisant valoir un droit en justice, d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit* »[365]. Lorsque les faits allégués sont contestés, s'engage une seconde phase du procès, qui consiste à convaincre le juge de la véracité des faits allégués[366].

L'idée ingénieuse de Mme Favennec Héry fut de reprendre cette prestigieuse théorie afin de l'appliquer à la question de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Elle soutient que l'obligation faite à l'employeur d'énoncer les motifs du licenciement matérialise cette charge de l'allégation[367]. La spécificité de cette charge est cependant d'intervenir avant tout litige judiciaire, c'est pourquoi elle est une charge de l'allégation précontentieuse. Cette analyse permet de justifier deux règles jurisprudentielles : l'impossibilité pour l'employeur d'invoquer des motifs devant le juge lorsqu'il a omis de le faire au cours de la procédure préalable, et la circonscription du débat aux motifs invoqués au cours de cette procédure. Le licenciement ne pouvant intervenir sans cause réelle et sérieuse, il n'est pas erroné d'affirmer que celle-ci correspond à un élément générateur du droit de licencier. Faute d'avoir allégué de tels motifs, l'employeur n'aurait pas satisfait à la charge de l'allégation, et la preuve ne pourrait en être reçue.

130. Critique de la distinction entre la charge de la preuve et la charge de l'allégation

Bien que cette analyse ne soit nullement dépourvue d'intérêt, il semble qu'elle soit à la fois trompeuse et erronée. Elle est d'abord trompeuse dans la fonction qu'elle attribue à la procédure préalable au licenciement. S'il n'est pas contestable que l'entretien préalable et la lettre de motivation ont une portée probatoire, telle n'est pas leur unique finalité dans l'ordre juridique. Préalables à la production de l'acte juridique, ils participent au processus de formation de celui-ci. Ils permettent un débat contradictoire sur les causes de l'acte, ce dont ne rend nullement compte l'idée d'une charge de l'allégation.

La distinction entre la preuve et l'allégation semble également trompeuse dès lors qu'on revendique l'héritage de la pensée de Motulsky. Ce dernier peut être considéré comme l'un des principaux représentants du positivisme juridique dans le

---

362. Voir F. Favennec-Héry, *La preuve en droit du travail*, Thèse, Paris-X, 1983 ; *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, Dr. soc. 1985, p. 172 ; Voir par ailleurs G. Couturier, Tome 1, n° 124

363. J. Laroque, Intervention au colloque des 26-27 janvier 1978, Dr. soc. Spéc. Avril 1978, p. 28

364. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948

365. id. p. 87

366. id. p. 128

367. Voir Favennec Héry, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, prec. p. 177 adde La preuve en droit prud'homal, CSBP n° 35 p. 262 sq.

champ du droit privé. Sa théorie est à ce titre excessivement formaliste. Lorsqu'il évoque la notion de *faits générateurs*, il se réfère à des événements concrets, dont l'avènement dans le monde sensible peut être établi avec certitude. Désigner *faits générateurs* les motifs du licenciement conduit à oublier la caractéristique essentielle de cette notion : elle induit un examen non pas de faits mais de motifs, de raisons qui sont à l'origine de l'acte.

La théorie est enfin non seulement trompeuse, mais erronée si on oppose preuve et allégation. L'allégation consiste uniquement à se prévaloir de faits générateurs, c'est-à-dire à invoquer la survenance d'événements qui font écho au présupposé de la règle de droit[368]. Elle exclut tout débat sur ces faits : ceux-ci relèvent d'une question de preuve. La fonction même de l'entretien préalable est néanmoins d'établir un débat sur les motifs du licenciement, ce qui exige de dépasser le stade de l'allégation. On peut donc affirmer sans trop d'hésitation que l'opposition entre charge de la preuve et charge de l'allégation ne peut être appliquée à la procédure préalable au licenciement. Cette conclusion rejoint d'ailleurs l'étude des règles du litige opérée par M. Devèze, qui aboutit à considérer que la distinction entre la charge de la preuve et la charge de l'allégation ne rend nullement compte de règles valides dans l'ordre juridique français[369].

La distinction entre charge de l'allégation et charge de la preuve dans le nouveau droit du licenciement issu de la loi du 13 juillet 1973 ne peut être effectuée qu'au prix d'une déformation de la notion d'allégation. Cette dernière ne peut être comprise que dans le contexte processuel, et dans une conception du droit très formaliste. Par contraste, la réforme du droit du licenciement induit une évolution des règles substantielles, dans une perspective qui n'a rien de formaliste. Peut-être pourrait-on songer à n'appliquer cette théorie qu'à la seule question de la motivation de la lettre de licenciement[370], ce qui en limiterait sensiblement la portée.

B. IMPORTANCE DE LA PORTÉE DE LA RÉFORME

131. Malgré la faiblesse du projet politique à son origine, et les hésitations doctrinales à son sujet, la loi du 13 juillet 1973 marque une mutation d'importance de notre système juridique. La rupture est marquée par l'emploi de concepts nouveaux (1), par la création d'une procédure préalable au licenciement (2) et par l'institution d'un contrôle judiciaire sur les motifs du licenciement (3).

1. L'exigence de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse du licenciement

132. Nouveaux termes

Ainsi que le note Mme Rongère, l'apport essentiel de la loi du 13 juillet 1973 n'apparaît que de manière incidente dans le texte voté[371]. Le législateur n'a pas

368. H. Motulsky, prec. p. 86 sq.

369. J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980

370. Ce que ne font pas les auteurs qui se réfèrent à cette notion : voir F. Favennec Héry, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, prec. p. 177 sq., qui évoque conjointement les règles sur l'entretien préalable et celles sur la notification ; de même, J. Couturier, prec. n° 124

371.P. Rongère, *La réforme du droit de licenciement*, prec., p. 39

clairement montré son intention de rompre avec la théorie de l'abus de droits, mais il a utilisé des termes nouveaux, qui conduisent à un renouvellement du contrôle de la rupture du contrat de travail. L'article 24 *l* nouveau du Code du travail prévoit que l'employeur doit faire connaître au salarié le motif du licenciement. L'article 24 *n* impose une notification écrite de la « *cause réelle et sérieuse* » du licenciement. L'article 24 *o* confie pour mission au juge d'apprécier le « *caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur* ».

La nouveauté provient à l'évidence de la référence à cette notion de *cause réelle et sérieuse*. De manière surprenante, les débats parlementaires n'ont pas permis d'expliciter clairement cette notion. La signification des termes « *cause réelle* » et « *cause sérieuse* » a été débattue à cette occasion[372], mais le terme de « *cause* » n'a jamais été défini.

Le sens de cette notion pourrait d'abord être recherché dans le droit des obligations. La cause du licenciement serait alors l'application à un acte unilatéral de la notion de cause des contrats. Cette idée ne permet à vrai dire aucune précision. La notion de cause renvoie à des significations variées : elle désigne à la fois le but, la contre-prestation, l'équivalent voulu, et les mobiles qui animent les contractants. La difficulté est encore accrue si on cherche à la transposer à un acte unilatéral : chacune de ces acceptions est très difficile à transposer à une volonté solitaire.

133. Causalité

Si la définition de la cause dans le droit des obligations ne fournit aucune explication satisfaisante, ne peut-on imaginer que la cause du licenciement renvoie à l'acception couramment donnée à ce terme ?

Dans la philosophie, la cause renvoie à un lien reliant deux phénomènes, de telle sorte que la production du premier entraîne nécessairement celle du second. Cette acception ne pourrait être appliquée à la définition de la cause du licenciement. Kelsen a montré que la notion de causalité ne peut être appliquée à des actes humains[373]. Ceux-ci sont le produit du libre arbitre, et ne sont pratiquement jamais causés par un phénomène antérieur. Il est selon lui plus correct de parler ici d'imputation.

L'emploi correct des termes devrait donc conduire à affirmer que le licenciement doit être *imputé à une raison réelle et sérieuse*. En d'autres termes le juge doit vérifier si le raisonnement par lequel l'employeur déduit d'une situation donnée le besoin de licencier est cohérent et admissible.

134. Le licenciement, acte de raison

La notion de cause du licenciement est donc distincte à la fois du sens proprement juridique et du sens philosophique de la cause. La synthèse de ces deux traditions permet cependant de comprendre le sens qui doit lui être donné. Dans les différents sens reçus par la cause dans le droit des contrats, elle s'apparente très certainement à la notion de cause subjective. Celle-ci désigne les mobiles déterminants qui ont animé l'auteur de l'acte. Certains auteurs confèrent cette

372. Voir infra n° 391
373. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, prec. p. 104 sq.

signification à la cause des actes unilatéraux[374]. Le terme « mobiles » n'est cependant pas satisfaisant, car il renvoie à une réalité psychologique par nature fluctuante et indéterminée. Il désigne les ressorts obscurs de l'action.

En réalité, le sens de la loi du 13 juillet 1973 est éclairci, si l'on comprend que la norme essentielle qu'elle prescrit est implicite. Elle induit que le licenciement n'est pas un simple acte de volonté, mais il est un acte de raison. Le législateur a rompu en 1973 avec le postulat positiviste selon lequel les actes juridiques sont des actes péremptoires, produits par la seule expression de la volonté. Le licenciement ne peut intervenir que si l'employeur dispose de raisons admissibles pour licencier le salarié. Là est l'apport essentiel de la loi du 13 juillet 1973 : elle prescrit à l'employeur d'agir de manière rationnelle, et elle introduit un contrôle judiciaire de cette rationalité.

La cause du licenciement doit donc s'entendre des raisons qui ont conduit l'employeur à licencier le salarié. Celles-ci doivent être à la fois réelles et sérieuses. La portée de la loi du 13 juillet 1973 ne fut cependant pas limitée à cette modification de la règle de fond. Elle permit de plus un contrôle véritable sur la cause du licenciement, en instaurant une procédure préalable au licenciement.

2. L'introduction d'une procédure préalable au licenciement

135. Une notion nouvelle

La loi du 13 juillet 1973 n'est pas seulement importante en ce qu'elle exige que l'employeur justifie le licenciement. Elle fixe également un cadre qui permet une réalisation concrète de cette obligation, au travers une procédure à la fois non contentieuse et contentieuse.

Les initiateurs de la réforme avaient, en leur temps, insisté sur l'innovation apportée par ces dispositions[375]. Il convient de souligner en outre la nouveauté d'une telle institution dans le droit français. Celle-ci ne peut-être comprise ni d'après les canons usuels de la procédure civile, ni à travers ceux des conditions de forme du droit des contrats[376]. La compréhension de la portée de la réforme exige de se déprendre d'un point de vue strictement « *civiliste* », et de préciser que la loi du 13 juillet 1973 évoque une notion de « *procédure* » dont le sens ne peut être compris par la seule distinction de la « *forme* » et de la « *procédure* » effectuée en matière d'obligations civiles[377].

Sans doute, les sanctions de la violation des obligations prévues par la loi de 1973 restent-elles faibles. L'article 24 *q.* de cette loi (actuel article L. 122-14-4)

---

374. R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n°208

375. Voir la déclaration du ministre du travail G. Gorse lors de la discussion du projet de loi à l'Assemblée Nationale, séance du 22 mai 1973, J. O. Deb. Parl. n° 32 A.N. du 23 mai 1973, p. 1446, qui présente comme une innovation l'introduction d'une *« phase préliminaire destinée à favoriser la conciliation »*. Les débats porteront essentiellement sur la question du renforcement de la procédure prévue par le projet initial. J. O. Deb. Parl. n° 35 A.N. du 30 mai 1973 p. 1613-1618

376. Voir les remarques de X. Lagarde, *Réflexions d'un civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, Dr. soc. 1998 p. 890

377. Cf. A. Lyon-Caen, D. 1997, J., p. 171, n° 10 ; comp. X. Lagarde, prec. p. 898 sqq.

prévoit l'attribution d'une indemnité dont le montant maximal est d'un mois de salaire. La faiblesse de cette réparation pourrait montrer la modeste portée de l'instauration d'une procédure préalable au licenciement. Celle-ci pourrait alors être reléguée au simple rang d'une forme, dont la violation est dépourvue de toute conséquence sur la validité de l'acte.

Il convient cependant de concevoir l'intérêt de la procédure en dehors de la question des sanctions. La procédure présente un intérêt en elle-même en ce sens qu'elle permet une énonciation et un débat contradictoire sur les raisons des choix du chef d'entreprise. Celles-ci ne sont plus implicitement déduites d'un acte, mais doivent s'exprimer et se soumettre à un débat contradictoire avant même que l'acte lui-même ne reçoive validité dans l'ordre juridique. La procédure préalable permet que les motifs soient extériorisés et débattus avant que l'acte ne soit édicté.

3. Contrôle judiciaire des motifs du licenciement

136. La loi du 13 juillet 1973 n'introduit pas seulement des exigences de fond et de procédure, elle soumet les raisons du licenciement au contrôle du juge. L'article L. 122-14-3 confie au juge la mission d'apprécier « *la régularité de la procédure suivie et le caractère sérieux des motifs invoqués par l'employeur* ». Ce contrôle judiciaire sur le fond du droit est certes moins original que ne l'est l'introduction de la procédure préalable au licenciement. Le droit privé avait, au travers du développement de l'abus de droit et du détournement de pouvoir, développé un contrôle des mobiles. L'intérêt de la loi est cependant de prévoir un aménagement des règles relatives aux preuves et à l'office du juge qui permet de rendre ce contrôle effectif[378].

378. Sur le contrôle des justifications voir infra 2e Partie

§3. LE DÉVELOPPEMENT DE L'IMPÉRATIF DE JUSTIFICATION POSTÉRIEUREMENT À LA LOI DU 13 JUILLET 1973

137. Développement et succès d'un nouveau mode de régulation juridique

La loi du 13 juillet 1973 a introduit une nouvelle forme de régulation juridique – le contrôle des justifications – dont le succès ne s'est jamais démenti depuis. Ce succès peut être diversement interprété. Certains y verront sans doute la marque d'un pouvoir politique peu ambitieux, à l'instar du législateur de 1973, plus prompt à *anesthésier* les relations sociales qu'à les dynamiser[379]. D'autres ne manqueront pas de mettre en avant le développement d'un droit équilibré, qui tente de conférer de nouveaux droits aux salariés sans obérer le pouvoir des entrepreneurs[380]. Dans la perspective qui nous intéresse ici, il semble plus convaincant de voir ce développement comme le signe d'une soumission croissante du pouvoir de l'employeur au droit et au contrôle du juge, dans une perspective de protection des droits de la personne des salariés. Ce contrôle se développe tant en ce qui concerne l'exercice du pouvoir à l'égard des salariés individuellement, qu'à l'égard de la collectivité des salariés.

A. EXIGENCE DE JUSTIFICATION À L'ÉGARD DES SALARIÉS - INDIVIDUS

138. Dans la continuité des règles introduites par la loi du 13 juillet 1973, de nombreuses normes ont introduit ou approfondi l'impératif de justification de l'employeur à l'égard du salarié – individu.

Ces développements ont concerné tant les règles du licenciement (1), que celles du droit disciplinaire (2), et du droit des discriminations (3).

1. Le développement de la réglementation des licenciements

139. Les innovations introduites par la loi du 13 juillet 1973 n'étaient pas suffisantes pour permettre un contrôle satisfaisant du pouvoir de licencier de l'employeur. Les évolutions législatives et jurisprudentielles se sont succédées depuis à un rythme soutenu afin de parfaire ce contrôle. Le toilettage des règles sur le licenciement semble être devenu une figure de style de l'action de tout ministre du travail. Les règles développées en matière de licenciement pour motif personnel demeurent modestes (a). Les évolutions concernent essentiellement le licenciement pour motif économique (b).

---

379. Telle était l'analyse que proposaient en 1973 G. Lyon-Caen et M.C. Bonnetête, op. cit., Dr. soc. 1973, p. 493

380. Cf. A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail* ?, Dr. soc. 1990, p. 485

a)Licenciement pour motif personnel

Les règles substantielles n'ont pas évolué depuis 1973. En revanche, le droit de licencier a été réformé en ce qui concerne les règles de procédure et les règles de preuve.

α) Règles de procédure

140. Généralisation de la procédure préalable au licenciement

La loi du 13 juillet 1973 avait exclu du bénéfice de la procédure préalable au licenciement les salariés dont l'entreprise comptait moins de onze salariés, et ceux dont l'ancienneté était inférieure à un an, bien que leur licenciement dût procéder d'une cause réelle et sérieuse. Cette exclusion, que rien ne justifiait, fut vivement critiquée. La situation devint absurde lorsque la loi du 4 août 1982 permit à tous les salariés licenciés pour un motif disciplinaire de bénéficier d'une procédure préalable au licenciement. Seuls furent exclus du bénéfice de la procédure préalable les salariés de moins d'un an d'ancienneté, ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés, dont le licenciement n'avait pas un motif disciplinaire. La loi du 30 décembre 1986 permit de corriger cette situation. Désormais, tous les licenciements pour motif personnel doivent respecter une procédure préalable au licenciement, quelle que soit la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié. Cette réforme permit de compléter heureusement les règles de fond et les règles de procédure. Tout licenciement individuel doit procéder d'une cause réelle et sérieuse, et être précédé d'une procédure préalable à son prononcé. Les seuls seuils dorénavant admis dans le droit du licenciement pour motif personnel concernent la sanction du non-respect par l'employeur des règles sur le licenciement (art. L. 122-14-5 du Code du travail).

L'extension du champ d'application de la procédure préalable au licenciement s'accompagna du renforcement des règles la régissant. L'évolution majeure en la matière concerne la motivation de la lettre de licenciement.

141. Motivation de la lettre de licenciement

La loi du 13 juillet 1973 prévoyait uniquement la possibilité d'une notification écrite des motifs du licenciement à la demande du salarié. La jurisprudence conféra à cette règle une portée importante. L'arrêt *Janousek*[381] énonça que le défaut de réponse à la demande du salarié privait le licenciement de cause réelle et sérieuse. La méconnaissance de cette règle était donc vigoureusement sanctionnée, et donnait à la motivation une portée essentielle dans la procédure. L'importance de cette phase de la procédure préalable fut consacrée lorsque la Cour de cassation reconnut que les motifs énoncés fixaient les limites du litige, et que l'employeur ne pouvait en invoquer d'autres pour justifier le licenciement[382]. Le législateur décida de renforcer encore l'importance de la motivation, en imposant qu'elle figure impérativement dans la lettre de licenciement[383].

L'importance de la motivation fut encore accrue lorsque la jurisprudence exigea d'en renforcer le contenu, en imposant que le motif énoncé soit précis[384].

---

381. Soc., 26 octobre 1976, D. 1977, J., p. 544, note A. Jeammaud

382. Soc 2 février 1978, Juris. soc 1978 F. 38 ; Soc., 10 mars 1982, Bull. civ. V, n° 154

383. Article L. 122-14-2 issu des lois du 30 décembre 1986 (licenciement pour motif économique et licenciement disciplinaire) et loi du 2 août 1989 (généralisation à tous les licenciements)

384. Voir infra n° 283

142. Conseiller du salarié

Dès 1973 a été introduite la possibilité pour le salarié de se faire assister au cours de l'entretien préalable au licenciement par un salarié de son choix appartenant à l'entreprise. Ce droit risquait d'être illusoire en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, aucun salarié ne bénéficiant d'un statut protecteur lui garantissant une indépendance à l'égard de l'employeur[385]. La loi du 2 août 1989, complétée par la loi du 18 janvier 1991, a permis de remédier à cette difficulté, en ouvrant la possibilité d'assistance du salarié par un conseiller extérieur à l'entreprise. Cette innovation est de nature à favoriser la tenue d'un entretien plus équitable. Elle lui permet de se défendre plus efficacement par l'aide d'une personne insensible aux pressions patronales et pourvue de connaissances juridiques.

β) Preuve de la cause réelle et sérieuse

143. Incertitudes initiales

La loi de 1973 comportait d'importantes lacunes sur la question de la preuve de la cause réelle et sérieuse[386]. Elle constituait sur ce point une véritable « *lex imperfecta* »[387]. Elle avait réglé la question de l'administration de la preuve, sans régler la question de son risque.

La Cour de cassation bénéficiait sur ce terrain d'une marge d'interprétation étroite - du moins ses magistrats le prétendirent-ils - car les travaux parlementaires avaient exclu tout renversement de la charge de la preuve[388]. La Cour de cassation affirma donc avec force que les magistrats ne devaient faire reposer la charge de la preuve ni sur le salarié, ni sur l'employeur. Elle compléta cependant cette affirmation par celle selon laquelle l'allégation de motifs en apparence réels et sérieux excluait toute condamnation de celui-ci pour licenciement abusif, en l'absence de toute autre raison de le condamner[389]. Cette jurisprudence dite de *l'apparence de la cause réelle et sérieuse de licenciement*, fut diversement interprétée. Mme Sinay y vit un moyen pour renverser la charge de la preuve, et de réintroduire la théorie de l'employeur seul juge. Un magistrat a cependant précisé que c'était là donner à cette jurisprudence une portée trop importante[390]. Elle ne s'appliquait selon lui qu'aux cas dans lesquels la cause alléguée par l'employeur n'était pas contestée par le salarié. En ce cas, elle devait être considérée comme légitime. Si tel est le sens de cette jurisprudence, elle ne fait qu'accorder un surcroît d'importance au rôle des avocats dans la procédure, ainsi que l'obligation pour les

385. Cf en ce sens B. Mathieu, *Le conseiller du salarié, la représentation des travailleurs et la liberté d'entreprendre*, D. 1997, chr. p. 119

386. voir supra n° 128

387. H. Sinay, *Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973*, Dr. Soc. 1978, n° spé. p. 27

388. Voir *Les difficultés d'ordre probatoire : le point de vue de J. Laroque, président de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. spé, avril 1978, p. 27

389. Soc., 19 janvier 1977, Adam c/ Amer, Bull. civ. V, n° 37

390. J. Laroque, prec. p. 28

juges du fond de soigneusement motiver les décisions par lesquelles ils condamnent l'employeur[391].

Quelle que soit la portée donnée à la jurisprudence sur l'allégation d'une cause en apparence réelle et sérieuse, il ne fait pas de doute qu'elle n'a pas amélioré l'aptitude à la preuve de la cause réelle et sérieuse par les salariés.

144. Loi du 2 août 1989

Le législateur décida de clarifier cette question, et de mettre un terme à la jurisprudence équivoque de la Cour de cassation. Le dernier alinéa de l'article L. 122-14-3 précise que le doute profite désormais au salarié. Ainsi que les commentateurs l'ont noté, cette question ne tranche nullement la question de l'administration de la preuve. Celle-ci permet de déterminer quels éléments doivent être apportés par les différents protagonistes du litige. La loi du 13 juillet 1973 la répartit entre les parties et le juge, titulaire de larges pouvoirs d'investigation. La nouvelle disposition ne tranche que la question du doute, qui doit être compris comme l'incertitude que peut conserver le juge à l'issue de cette phase de recherche de preuve.

A l'évidence, les nouvelles dispositions sur le doute du magistrat incitent l'employeur à étayer ses justifications. L'apparence de légitimité des motifs allégués n'est désormais plus suffisante.

b) Exigence de justification des licenciements pour motif économique

145. La protection initiale de la discrétion du licenciement pour motif économique

L'un des facteurs essentiels du développement de l'exigence de justification dans le droit contemporain réside dans l'extension du contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique.

Nous avons vu que la spécificité des licenciements dus à une raison économique a initialement été dégagée dans la jurisprudence, dans le but de préserver la discrétion patronale sur ces questions. La Cour de cassation affirmait que la poursuite d'un but économique était exclusive de tout abus de droit[392].

Dans la période postérieure à la seconde guerre mondiale, se développa cependant l'application de règles spécifiques à cette catégorie de licenciements. A la suite des projets du Conseil National de la Résistance, l'ordonnance du 24 mai 1945 instaura un contrôle administratif sur les licenciements, en les soumettant à une autorisation. Ces dispositions demeurèrent cependant lettre morte, car les juridictions ont exclu que cette autorisation ou son refus ait un quelconque effet à l'égard des salariés. Le Conseil d'État considérait que l'intervention administrative avait pour seul but de permettre un contrôle étatique sur la répartition de la main d'œuvre, dans un contexte de pénurie de cette dernière. La Cour de cassation considéra, quant à elle, que cette autorisation administrative était extérieure aux rapports contractuels entre l'employeur et le salarié, et n'affectait pas le droit de résiliation unilatérale[393]. Les dispositions sur le contrôle de l'emploi nées de

391. Voir T. Grumbach, *La preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse en matière de licenciement*, D.O. 1978, p. 410 sqq.

392.Voir supra n° 84

393. P. Ollier, *Le contrôle du motif économique de licenciement*, Dr. soc., n° spé, avr. 1978, p. 29

l'ordonnance du 24 mai 1945 n'affectèrent donc nullement le caractère discrétionnaire du pouvoir laissé à l'employeur en la matière[394].

146. La faiblesse du contrôle administratif des licenciements économiques

La loi du 3 janvier 1975 mit en place un système d'autorisation préalable au licenciement pour motif économique. Le législateur semblait avant tout soucieux de limiter le recours à ces licenciements, dans le but de limiter le coût induit par l'octroi d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi particulièrement favorable en ce cas.

La possibilité de licencier un salarié exigeait alors que l'employeur sollicitât une autorisation administrative. Ce dispositif aurait pu induire un contrôle administratif du motif de licenciement. La demande d'autorisation devait mentionner la nature des raisons économiques, financières, ou techniques invoquées, ainsi que les mesures prises par l'employeur afin d'éviter des licenciements ou de favoriser le reclassement des salariés licenciés (ex article R. 321-8 du Code du travail). L'autorité administrative avait de plus pour mission de vérifier la « *réalité des motifs invoqués pour justifier le licenciement* » (ex L. 321-9 al. 1).

Le contentieux révéla rapidement le caractère décevant du contrôle administratif. Malgré quelques hésitations, le Conseil d'État semble avoir limité la mission de l'administration au contrôle de la réalité de la cause économique de licenciement[395]. Ce contrôle était des plus superficiels, en raison de la grande imprécision de la notion de licenciement pour motif économique[396]. La loi n'avait défini ce licenciement que comme un licenciement « *d'ordre conjoncturel ou structurel* »[397]. Il fallait entendre que le licenciement devait être imputé soit à la conjoncture économique soit à la restructuration[398], « *ce qui ne veut rien dire du tout* », selon l'expression de M. Dupeyroux[399]. Ainsi que le formule M. Ollier, « *le motif économique de licenciement n'est pas autre chose qu'un avatar de l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire l'intérêt de l'employeur opposé à l'intérêt du salarié : c'est le licenciement vu du coté de l'employeur* »[400].

Les magistrats de l'ordre administratif contrôlèrent donc la réalité du motif économique - contrôle réduit à bien peu - à l'exclusion du bien fondé de ce motif. La solution fut vivement contestée par la doctrine[401].

---

394. L'arrêt le plus fameux est évidemment l'arrêt Brinon (Soc., 31 mai 1956, D. 1958, I, p. 21, note Levasseur) Voir dans le même sens (parmi une abondante jurisprudence) Soc., 14 février 1957, Bull. civ. IV., n° 115 : l'employeur est seul juge des circonstances de licenciement d'un salarié motivé par des transformations techniques de l'entreprise.

395. CE 14 novembre 1980, D.O. 1981, p. 267, note D. Loschak. Voir aussi l'arrêt Artisson, CE 27 février 1981, Rec., p. 947

396.Voir F. Moderne, *L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative*, Dr. soc. 1985, p. 823 ; A. Jeammaud, *La notion de licenciement pour motif économique*, Dr. soc. 1981, p. 267

397. ex L. 321-3 et L. 321-7 du Code du travail

398. J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, 2e ed., Sirey, 1980, p. 26

399. J.J. Dupeyroux, Dr. soc., n° Spé., Avril 1978 p. 3

400.P. Ollier, *Le contrôle du motif économique de licenciement*, Dr. soc. n° spé ; avril 1978 p. 35

401. D. Loschak, D.O. 1979, p. 435 ; J. Pélissier, prec. p. 210sq. ; F. Moderne, *Le contrôle administratif des licenciements économiques*, Sirey, 1983, p. 267 sq.

Les magistrats de l'ordre judiciaire ne se montrèrent pas plus téméraires que leurs collègues. On eût pu imaginer que le refus du contrôle administratif de la cause sérieuse du licenciement économique leur laissait la possibilité d'opérer un tel contrôle, sur le fondement de l'article L. 122-14-3. Cela n'aurait nullement outrepassé la séparation des pouvoirs. La Cour de cassation affirma cependant que le juge judiciaire n'était pas compétent pour examiner la cause du licenciement, dès lors que le licenciement avait fait l'objet d'une autorisation administrative[402]. La Cour n'admettait l'octroi d'indemnités au salarié que si le licenciement avait été prononcé sans autorisation, ou au mépris d'un refus d'autorisation de licencier. En ce cas, le juge judiciaire retrouvait sa compétence pour apprécier le bien-fondé du licenciement[403]. Encore la Cour de cassation semblait-elle privilégier en ce cas le caractère souverain du pouvoir de l'employeur.

147. Restauration du contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique

Des faiblesses de ce contrôle, ainsi que des infinies complexités procédurales induites par l'intervention des deux ordres juridictionnels, certains auteurs ont affirmé que la loi du 3 janvier 1975 était devenue une « *loi morte* », n'offrant aucune place à un véritable contrôle du motif économique de licenciement[404]. Il fallut cependant attendre la loi du 30 décembre 1986 pour que ce dispositif fût abrogé. Les juridictions de l'ordre judiciaire retrouvaient leur compétence pour contrôler le motif économique de licenciement. Aux incertitudes résultant de la restauration du contrôle judiciaire[405], succédèrent d'audacieux développements judiciaires, stimulés par les encouragements du législateur. La loi du 2 août 1989, consacrée à la prévention des licenciements pour motif économiques a fourni une définition du licenciement pour motif économique, qui permettait de bien circonscrire l'objet du contrôle de la cause économique. Ce contrôle approfondi des justifications fut complété par l'obligation faite à l'employeur d'élaborer un plan social et de reclasser individuellement les salariés.

L'évolution des règles sur le licenciement pour motif économique montre donc comment cette catégorie de licenciement, initialement construite afin de préserver la discrétion patronale, est progressivement devenue, sous l'impact des politiques de l'emploi, l'un des domaines pionniers du contrôle des justifications.

2. Construction d'un droit disciplinaire

148. De la discrétion à l'exigence de justification

402. cf. Soc., 11 juin 1980, Bull. civ. V, n° 506 ; Soc., 8 avril 1980, Bull. civ. V, n° 324
403. Soc., 9 octobre 1980, Dr. soc. 1980, p. 499, note J. Savatier
404. A. Lyon-Caen, *La loi du 3 janvier 1975 : une loi morte ?* Dr. soc. 1981 p. 287
405. Voir A. Supiot, *Le contrôle prud'homal des licenciements économiques*, Dr. soc. 1987, p. 268

Que sa source fût reconnue comme contractuelle[406] ou institutionnelle[407], la discipline a longtemps été considérée comme une prérogative discrétionnaire de l'employeur. Le droit français était dans ce domaine d'un archaïsme que ne manquent pas de souligner de nombreux auteurs[408]. Aucune protection n'était offerte aux salariés. La comparaison avec le droit britannique, pourtant fort peu protecteur des droits individuels des salariés, révèle l'existence de règles procédurales anciennes dans ce système, basées sur l'idée de règles de justice universelle[409]. La souveraineté de ce pouvoir patronal fit l'objet de vives critiques doctrinales[410], reprises par le rapport Auroux de 1981[411]. La loi du 4 août 1982 entreprit de transformer ce pouvoir absolu en un droit protecteur des salariés, soumis à un contrôle du juge.

Cette loi mit fin à une longue période d'incertitude sur le fondement et l'étendue du contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise. Outre le contrôle de l'élaboration et du contenu du règlement intérieur[412], cette loi soumit le prononcé de sanctions disciplinaires au respect d'une procédure préalable, d'une motivation, et d'un contrôle judiciaire sur les justifications. La proximité entre ces règles et les règles du droit du licenciement n'est pas fortuite. Le législateur calqua largement le contrôle judiciaire des sanctions disciplinaires sur celui du licenciement[413].

La loi du 4 août 1982 exige que l'employeur respecte une procédure préalablement au prononcé d'une sanction, et qu'il justifie celle-ci. L'article L. 122-43 exige que la sanction soit « *justifiée et proportionnée* ». Il appartient au juge de contrôler ces justifications.

---

406. Cf. civ. 14 fév. 1866, D. 1866, I, 84 : validité, sur le fondement de l'article 1134 civ. d'une amende amputant de près de la moitié le salaire mensuel, pour avoir pénétré dans l'atelier avec des sabots.

407. v. Soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946 p. 427, note P. Durand, reconnaissant au chef d'entreprise un pouvoir disciplinaire « *inhérent à sa qualité* ». La reconnaissance d'un tel pouvoir impliquait la possibilité de prononcer des sanctions disciplinaires non prévues par le règlement intérieur.

408. V. G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, prec. n°879, J. Rivero et J. Savatier, prec. p. 181

409. Sur les *Principles of Natural Justice*, utilisés dans le droit judiciaire britannique et parfois mis en avant pour les procédures disciplinaires, voir I.T. Smith et J.C. Wood, *Industrial Law*, 4e ed., 1989, p. 271 sq. Ces principes sont repris dans le Code de pratique N° 1 *« Disciplinary practices and procedures in employment* », émis par l'ACAS en 1977. Bien que dépourvu d'un effet normatif direct, ce Code met en avant des règles que les juridictions admettent : mise en garde, entretien préalable au prononcé d'une sanction, possibilité de faire appel de la décision, etc.

410. v. G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2e édition, Sirey, 1980, p.93

411. « *Rien ne justifie que l'entreprise soit le dernier endroit où subsiste le droit de se faire justice à soi même sans aucun contrôle* », Rapport Auroux, *La documentation française*, 1981, p. 9

412. Le contrôle de l'élaboration du règlement intérieur sera envisagé ultérieurement dans le cadre du contrôle du pouvoir normatif par le comité d'entreprise. Le contrôle administratif du règlement intérieur ne sera pas envisagé dans le cadre de la présente étude. Ce contrôle s'exerce au travers d'un contrôle objectif de la légalité de l'acte par l'inspection du travail. Il ne requiert nullement de s'intéresser aux justifications de la production des règles.

413. Deux sources d'inspiration sont en réalité constantes au cours des débats sur le contrôle du droit disciplinaire : le contrôle administratif des sanctions disciplinaires dans le droit de la fonction publique, et le droit du licenciement issu de la loi du 13 juillet 1973. Cf. J.O. Deb. Parl. AN 1981 p. 2302 sqq.

Tout comme l'instauration d'un contrôle du pouvoir disciplinaire, la promotion de l'égalité professionnelle dans l'entreprise a institué une nouvelle aire du contrôle des justifications.

3. La dynamique de l'égalité professionnelle

149. De l'égalité formelle à l'égalité concrète

Les mutations de la conception de l'égalité sont au cœur des bouleversements les plus importants connus par le droit dans la période de l'après-guerre[414]. Il serait cependant erroné de prétendre que les évolutions observées sont univoques : le concept d'égalité est suffisamment fluide et son emploi polysémique conduit à des évolutions qui ne sont pas nécessairement entièrement cohérentes.

L'égalité, dans sa conception individualiste et libérale, telle qu'elle naît de la Révolution française, est avant tout une égalité formelle. Elle constitue un postulat nécessaire de l'ordre juridique, qui exige de considérer les individus comme des égaux. Ce postulat justifie en particulier la reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Cette conception de l'égalité exige avant tout l'universalité de la règle de droit : elle est une égalité devant la loi, qui requiert de traiter de la même façon les destinataires de la règle de droit. La mise en œuvre de ce principe appelle cependant des règles plus précises. Ainsi que le note Perelman, les êtres et les situations sont toujours différents [415], la formulation d'un principe d'égalité sans plus de précision est donc dépourvue de signification. L'égalité est donc nécessairement relative : elle ne peut se concevoir que comme la définition d'un rapport entre deux individus [416]. La reconnaissance d'une règle d'égalité exige donc que soient précisés les sujet qui doivent faire l'objet d'un traitement égal, les biens ou charges à répartir, et les critères de la répartition [417]. L'égalité formelle peut en conséquence être vue à la fois comme un postulat et comme la source de règles particulières d'égalité de traitement permettant de mettre en œuvre ce postulat.

Le poids de la question sociale a conduit a formuler en des termes nouveaux la question de l'égalité à partir de seconde moitié du XXe siècle. L'égalité est alors conçue en tant qu'égalité concrète[418]. Celle-ci prend en compte les différences de situation de fait dans lesquelles les individus sont placés au départ, auxquelles l'application d'une règle d'égalité de traitement ne peut qu'aboutir à un résultat différent. L'égalité exige alors d'effectuer au nom de l'égalité des traitements différents des personnes placées dans des situations différentes. D'où la découverte d'un grand paradoxe de l'égalité : *l'égalité conduit à l'inégalité, alors que l'inégalité*

---

414. Bibl. : Cf. notamment A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail*, Dr. soc. 1990, pp. 68 ; L. Sfez, *Leçons sur l'égalité*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques ; C. Perelman, *Egalité et justice*, in L'Egalité, vol. V, Bruylant, Bruxelles, 1977 ; J. Rivero, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Trav. Ass. Capitant, T14, 1962, p. 343 ; G. Cornu, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, id. p. 87 ; D. *Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987, p. 779

415 Cf. Ch. Perelman, Egalités et valeurs in L'égalité, vol. 1, Bruylant, 1971, p. 319

416 cf. R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la cour de justice des Communautés Européennes, LGDJ 2003, n° 11

417 N. Bobbio, Egalité et différence, le clivage décisif, Esprit, 1992, p. 24

418. Sur la différence entre l'égalité formelle et l'égalité concrète, Cf. A. Supiot, *Principe d'égalité et limite du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel)*, Dr. soc. 1992, p. 382

permet d'atteindre l'égalité [419]. Ce paradoxe n'est qu'apparent : il résulte de l'emploi des termes égalité et inégalité dans deux sens différents (figure que les spécialistes du langage désignent comme une antanaclase). L'inégalité dans le premier sens désigne les différences de situations de fait alors que dans le second sens, elle désigne une différence de traitement. A l'inverse, l'égalité dans le premier sens désigne l'égalité de traitement par la règle juridique et dans le second l'égalité des situations de fait. Cette formule n'est pas un simple jeu de mots : elle montre à quel point l'usage du terme "*égalité*" est polysémique et peut recouvrir des significations distinctes.

Le propre du droit contemporain est de permettre que se conjuguent les différentes dimensions de l'égalité[420]. Le droit interdit d'abord l'établissement de différences entre les individus au nom du respect de l'égalité formelle. Ce principe du traitement égal exige en particulier l'interdiction des discriminations directes c'est à dire l'interdiction de prendre en compte certaines caractéristiques pour arrêter des décisions. Cette prohibition des discriminations directes s'apparente à une forme de prohibition de la cause illicite. Elle n'exige pas véritablement de justifier les choix[421]. La protection de l'égalité concrète exige cependant de dépasser la prohibition des discriminations et requiert d'accorder un traitement différencié des situations inégales afin de parvenir à une égalité de fait[422]. Différents degrés sont cependant envisageables. Une première version conduit à imposer une égalité des chances, c'est à dire à offrir aux individus un accès égal aux opportunités offertes par le marché. Cette version est actuellement valorisée par le droit communautaire. Elle impose en particulier la prohibition des discriminations indirectes[423]. Une version plus exigeante encore de l'égalité conduit à valoriser l'égalité substantielle, c'est à dire à offrir concrètement aux individus des conditions égales. Elle nécessite alors des actions positives afin d'assurer un traitement égal des salariés qui appartiennent à des groupes défavorisés sur le marché du travail. Ces conceptions concurrentes de l'égalité complexifient règles en la matière, mais elles favorisent également une dynamique qui exige de mettre en question les situation acquises afin de favoriser la réalisation de l'égalité. Cette dynamique de l'égalité professionnelle a conduit dans la période récente à renforcer considérablement l'exigence de justification.

150. Influence du droit de l'Union européenne

Le profond changement des rapports qu'entretient le droit du travail avec le concept d'égalité peut essentiellement être imputé à la force d'expansion du droit social européen en la matière. Le droit français est longtemps demeuré peu téméraire sur les questions d'égalité de traitement[424]. Par contraste, la réalisation du principe

---

419 Cf. S. Fredman, Discrimination Law, Clarendon Law Series, 2002, p. 2

420 R. Hernu, prec. n° 19

421 Cf. Supra n°73

422 Sur la distinction entre égalité et discrimination voir J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Les grands arrêts de droit du travail, 3e ed. Dalloz 2004, n° 68-70.

423 Cf. C. Barnard, EC Employment Law, Oxford University Press, 2e ed., 2000, p. 206 ; C. Barnard, The principle of Equality in the Community context, Cambridge Law Journal n° 57, 1998, p. 352

424. Voir P. Rongère, *A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés*, Dr. soc. 1990, p. 99 ; M.T. Lanquetin, *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, Mel. H. Sinay, p. 415

de l'égalité de traitement est devenue l'un des axes majeurs de l'action de la Communauté européenne en matière sociale. Le principe de l'égalité de rémunération entre salariés occupant un même emploi est inscrit dans le Traité de Rome (Article 141 CE, ex article 119). Il n'était à l'origine qu'une règle destinée à lutter contre la concurrence déloyale des États, les différences de traitement entre les travailleurs féminins et masculins permettant de réduire les coûts de production[425]. Sans doute n'est–il alors qu'une application d'un principe général d'égalité, conçu comme un moyen de réaliser la construction du marché intérieur[426]. La Cour de justice a donné une tout autre portée à l'article 119. Dès l'arrêt *Defrenne II*, elle a affirmé que le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes répond à un objectif social. Il constitue un véritable droit fondamental pour les salariés[427]. Ce principe de l'égalité de traitement a été développé dans deux directives qui ont fourni la base d'une considérable jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : la directive 75/117/CEE du 10 février 1975 relative à l'égalité des rémunérations, et la directive 76/207 relative à l'égalité en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et les conditions de travail. Le principe de l'égalité de traitement a été proclamé par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a inscrit parmi les missions de la Communauté la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes (article 2 CE). L'article 137 CE fait figurer l'égalité des chances entre hommes et femmes parmi les thèmes qui donnent lieu à l'adoption de directives à la majorité qualifiée de l'article 251 CE. Ce Traité a élargi la compétence communautaire à la lutte contre de nouvelles formes de discrimination : discrimination par la race ou l'origine ethnique, par l'âge, le handicap, ou encore « l'orientation sexuelle ». Les règles en la matière doivent être adoptées à l'unanimité[428].

Certains critiquent le manque d'audace de l'intervention européenne sur les questions d'égalité[429]. Au regard du droit français, il n'en reste pas moins que cette politique conduit à une nette rupture par rapport aux règles antérieures, puisqu'elle conduit à exiger la justification de choix antérieurement discrétionnaires du chef d'entreprise.

151. Discriminations et exigence de justification

La promotion d'une égalité de traitement effective entre les hommes et les femmes conduit à un contrôle croissant des choix opérés par les chefs d'entreprise. L'impact des politiques européennes ne concerne pas la prohibition des discriminations dites directes. Ces discriminations sont celles par lesquelles le chef d'entreprise entend traiter différemment une personne en raison de son sexe. Ces

---

425. R. Van Lint, *L'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail*, Cahiers de Droit Européen, 1969, p. 387

426. Cf. S. Robin, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques*, PU Aix-Marseille, 1999, p. 33 sqq.

427. Cf. S. Robin, prec., p. 313 sqq.

428. Cf. Article 13 (ex article 6 A)

429. Ces critiques sont surtout exprimées par la doctrine anglo-saxonne, plus habituée à la promotion politique et juridique de l'égalité des chances. Voir une bonne synthèse de ces critiques in B. Hepple, *Equality and discrimination*, in P. Davies et alii, *EuropeanCommunity Labour Law : principles and perspectives, Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996 p. 237

règles n'appellent pas de remarque particulière au regard de l'impératif de justification. Elles fonctionnent comme des règles prohibitives classiques : sont prohibés les actes motivés par des mobiles interdits par la loi. Tout au plus peut-on constater que la liste des chefs de discrimination tend à croître[430]. Le contrôle des discriminations directes n'appelle en principe pas de procédure spécifique[431]. Le contrôle des justifications opéré au titre du droit du licenciement ou du droit disciplinaire tend à rendre plus effective la protection contre ce type de discrimination. La présence d'une discrimination exclut par principe toute justification : si un employeur traite de manière différente un salarié en raison de son sexe, les raisons pour lesquelles il le fait sont indifférentes au droit. Une discrimination directe est par nature injustifiable[432].

Il convient toutefois de réserver l'hypothèse des discriminations dites « positives », par lesquelles un employeur entend privilégier dans l'un de ses choix les membres d'un groupe défavorisé. Nul doute que ce type de règle constitue une discrimination directe : elle conduit à traiter différemment une personne en raison de son sexe, et exige par conséquent un traitement défavorable des salariés du sexe opposé. Les développements du droit communautaire consécutifs à l'arrêt *Kalanke*[433] montrent que cette différence de traitement n'est pas entièrement prohibée, mais elle exige de l'employeur qu'il justifie la différence de traitement ainsi établie en montrant que la règle de discrimination positive ne joue pas de manière automatique et soit suffisamment flexible pour laisser ouverte la possibilité de dérogations en faveur de représentants du sexe opposé, en fonction notamment du critère du mérite individuel[434]

Par contraste, la prohibition des discriminations indirectes tend à promouvoir un contrôle croissant des justifications patronales. Les discriminations indirectes sont caractérisées « *lorsqu'une disposition un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* »[435]. L'exigence de justification est donc consubstantielle à la notion de

430. V. L. 122-45 al. 1 et 2 C.Trav.

431. Cf. supra n° 74. Le droit contemporain tend cependant à alléger la preuve des discriminations directes, ce qui brouille la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte : cf. Directive 97/80 CE, article 4, qui prévoit un allégement du fardeau probatoire dès lors que le salarié a allégué des faits qui permettent de présumer d'une discrimination directe. Lorsque l'utilisation d'un tel critère est plausible, la discrimination est présumée (Cf. M.T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe…*, Dr. soc. 1998 p. 690). Voir de même l'article L. 122-45 dans la rédaction issue de la loi du 16 novembre 2001 : même en présence d'une discrimination directe, il appartient au salarié de faire valoir des éléments de fait faisant supposer d'une discrimination. Il revient alors à l'employeur de prouver que sa décision est « justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

432. Cf. CJCE, 8 novembre 1990, C-177/88, Rec. p. 3941, *Dekker*, point 12 ; Adde Commentaire Megret, Prec., vol. 7, p. 141

433. CJCE 17 octobre 1995, *Kalanke*, Aff. C-450/93, Rec, p. 3051

434. CJCE 11 novembre 1997, *Marschall*, Aff. C-409/95, Rec. p. 6363

435. Directive 97/80 CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Les discriminations indirectes ont été identifiées dans le droit communautaire dès l'arrêt *Jenkins c/ Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, CJCE 31 mars 1981, Aff. 96/80, Rec. p. 911 ; la formule de la directive est inspirée de la formule que la Cour propose depuis l'arrêt *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz,* Aff. 170/84 du 13 mai 1986, Rec. p. 1607

discrimination indirecte. Cette dernière est établie lorsqu'une règle ou une pratique de l'entreprise produit des effets en apparence discriminatoires à l'égard des salariés. Il appartient en ce cas à l'employeur de justifier que cette règle ou cette pratique est justifiée par des « *raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe* »[436]

152. Discrimination indirecte et principes de justice

L'essor de l'exigence de justification dans le domaine de l'égalité traduit l'intrusion de nouveaux principes de justice dans l'ordre juridique. Les principales règles à l'origine de l'impératif de justification rencontrées jusqu'ici demeurent compatibles avec les conceptions issues de l'individualisme juridique, qui assignent pour finalité essentielle aux règles juridiques la correction des dommages créés par la faute de son auteur[437]. De même, en matière d'égalité, les règles sur les discriminations directes visent à saisir le processus de décision du chef d'entreprise afin de sanctionner les choix défavorables aux salariés motivés par des mobiles illicites.

Dès lors que les règles visent à instaurer une égalité concrète, correctrice des inégalités structurelles générées par le fonctionnement du marché, les règles à l'œuvre sont d'une autre nature. Elles visent à rectifier les positions respectives des différents groupes sociaux sur le marché du travail. Par nature, les règles prohibant les discriminations indirectes visent ainsi à corriger les effets des choix patronaux, alors que celles qui interdisent les discriminations directes sanctionnent des actes motivés par des mobiles illicites. Les discriminations indirectes comportent donc une part de justice distributive. Elles mettent en œuvre une forme de redistribution à l'égard de groupes *défavorisés* sur le marché du travail. Le concept de discrimination indirecte est importé des droits anglo-saxons, spécialement du droit nord-américain relatif aux discriminations raciales[438]. Il convient cependant de nuancer cette affirmation : la notion de discrimination indirecte dans le droit européen est une notion hybride, qui tente de concilier des conceptions libérales individualistes et des conceptions d'une justice communautariste[439]. Cette conciliation de principes de justice opposés explique sans doute l'instabilité et le manque de clarté de cette notion.

L'essentiel est de noter que le droit social européen introduit des éléments d'une justice distributive à l'égard des groupes. Elle exige la surveillance des effets des politiques des entreprises à leur égard. Elle conduit ainsi à un contrôle des justifications patronales afin de vérifier si ces effets sont dus à une politique discriminatoire, que celle-ci soit voulue ou non par le chef d'entreprise. Il appartient

---

436. Cette formule figure dans tous les arrêts relatifs aux discriminations indirectes Cf. arrêts *Bilka*, prec. point 31, *Enderby*, ou encore CJCE 30 mars 2000, aff. C-236/98 *Jämsträlldhetsonbudsmannen c/ Orebro läns Landsting,* Rec.2000, p. 2189

437. Cf. Aristote, *Ethique de Nicomaque*, V, IV sur la justice corrective ; J. Gardner*, Liberals and Unlawful discrimination*, Oxford Journal of Legal Studies, 1/1989, p.1

438. Cf. Paul Brest, *In defense of the Antidiscrimination Principle*, Harvard Law review, vol. 90, 1976, p. 1

439. Cf. A.J. Morris, *On the normative foundations of Indirect discriminaion Law : understanding the competing models of Discrimination Law as Aristotelian forms of justice,* Oxford Journal of Legal Studies, 2/95, p.199

donc à l'employeur, en présence d'une discrimination indirecte, de justifier que la différence de traitement entre les groupes est due à des facteurs objectifs et étrangers à toute idée de discrimination[440]. Le déploiement d'une justice distributive à l'égard des groupes de travailleurs conduit également l'Union européenne à développer des politiques de discriminations positives, et d'égalité des chances[441]. Ces politiques ne conduisent pas, pour l'essentiel à développer l'impératif de justification, sauf en ce qui concerne les politiques de discrimination positive.

Cette analyse confirme l'hypothèse d'un lien entre l'exigence de de justification provient de la promotion des droits fondamentaux de la personne. La personne n'est pas seulement l'individu, mais l'homme situé, concret, qui bénéficie de droits et d'obligations en fonction de ses caractéristiques sociales. La protection contre les traitements inégaux va au-delà de la protection du travailleur subordonné : elle permet également de protéger les membres de minorités défavorisés sur le marché du travail afin de leur assurer une égalité concrète avec les autres salariés.

La dynamique de la protection des droits de la personne est telle qu'elle a permis l'extension du contrôle des justifications des choix que l'employeur effectue à l'égard de la collectivité des salariés.

B. EXIGENCE DE JUSTIFICATION DEVANT LES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

153. Influence de l'autonomie collective

Le domaine des relations professionnelles semblait, *a priori,* éloigné de toute exigence de justification. Le droit collectif du travail s'est construit sur la base d'un ordre socioprofessionnel originaire jaloux de son indépendance à l'égard du système étatique[442]. La reconnaissance de la validité de cet ordre par le droit étatique a longtemps maintenu cette tradition d'autonomie collective. Le contrôle judiciaire des raisons d'agir des partenaires sociaux était difficile à concevoir dans une telle perspective. Le développement du contrôle des justifications dans cette sphère est le signe d'une rupture avec le droit antérieur. Ici encore, la protection des droits de la personne des salariés (droit à la négociation, à l'information, à la participation) autorise à rompre avec le caractère discrétionnaire des pouvoirs patronaux. Cette rupture s'observe timidement dans le droit de la négociation collective, notamment depuis que les obligations de négocier se sont multipliées (1). Elle semble acquérir

440. Cf CJCE 13 mai 1986, aff. 170/84, *Bilka-Kaufhaus Gmh c/ Karin Weber von Hartz*, Rec. p. 1607 : l'entreprise doit justifier que la différence de traitement « *s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* » (point 31)

441. Cf. Traité CE (articles 3, 137, et 141). Voir aussi le projet de modification de la directive 207 afin de contrer la jurisprudence *Kalanke*, CJCE 17 octobre 1995, aff. C-450/93, Rec. p. 3051 Voir encore les programmes concrets de politiques d'action en faveur de l'égalité sexuelle, et les politiques dites de « mainstreaming », *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, Vers une stratégie-cadre communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005)*, COM(2000) 335 final du 7.6.2000

442. Voir N. Aliprantis, prec. p. 29 sqq.

une plus grande ampleur dans le domaine des prérogatives du comité d'entreprise (2).

1. La justification dans le droit de la négociation collective

154. Héritage de l'autonomie collective

L'intégration des relations professionnelles à l'ordre juridique a longtemps été tempérée par le respect de l'autonomie collective. Celui-ci induisait une double limite dans le contrôle juridique de la négociation collective.

En premier lieu, ce contrôle fut limité à une appréhension des seuls actes produits par la négociation collective. Le système juridique connaissait alors un droit des accords collectifs plutôt qu'un droit de la négociation collective[443]. Bien que les contrats collectifs fussent originaux au regard de leurs parties et de leur objet, le contrôle de ces actes était conforme à celui admis pour les autres conventions. Il en résulte que seule la volonté des parties à l'accord est prise en compte dans le droit. Les raisons d'agir des contractants sont juridiquement indifférents. Le respect de l'autonomie collective conduit même à faire du droit de négocier un droit discrétionnaire. Aucune jurisprudence n'a été développée sur l'abus du droit de négociation collective. Dans la théorie juridique, il n'aurait pourtant pas été absurde d'affirmer que ce droit est limité par la satisfaction des intérêts professionnels ou de l'intérêt des salariés. Quoi qu'il en soit, le cantonnement du droit de la négociation collective à la seule réglementation des effets de l'accord excluait que fût appréhendé le comportement des parties pendant la négociation.

La réception de l'ordre socioprofessionnel dans l'ordre juridique conduisit en second lieu à intégrer dans le droit l'idée que la négociation collective, produit des luttes du mouvement ouvrier, était un mécanisme qui permettait d'accorder des avantages aux salariés. Cette négociation d'acquisition conduisait à laisser les représentants des salariés maîtres des choix à opérés dans cette négociation. Eux seuls étaient capables de définir les avantages qu'il convenait d'accorder aux salariés.

155. Obligation de négocier

Le droit contemporain a récusé ces deux principes de la réglementation des seuls effets de la convention collective et du « *représentant seul juge* ». Cette mise en cause a permis d'établir un contrôle des justifications dans le droit de la négociation collective.

La découverte du principe du droit des salariés à la négociation collective, dont sont titulaires les salariés, a favorisé le développement des obligations de négocier[444]. La loi du 13 novembre 1982 a, en particulier, institué l'obligation pour le chef d'entreprise de négocier tous les ans sur les salaires et le temps de travail[445]. Le contrôle du respect de cette obligation a conduit les magistrats à rechercher si l'employeur respectait le droit à la négociation collective des salariés, et ne se contentait pas de faire acte de présence à la table des négociations. Ce contrôle conduit donc à rechercher les raisons pour lesquelles l'employeur fait droit ou non

443. Voir G. Lyon-Caen, *Critique de la négociation collective*, Dr. soc. 1979, p.350
444. Voir M. L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, LGDJ, 1994
445. art. L. 132-27

aux revendications présentées par les salariés. Un indice sûr du contrôle des raisons d'agir peut d'ailleurs être trouvé dans le vocabulaire législatif. L'article L. 132-28 impose ainsi à l'employeur de faire connaître les « *raisons* » des différences de traitement entre les hommes et les femmes.

156. Négociation de gestion

L'évolution la plus importante concerne cependant la conception même de la négociation collective. Nul ne conteste plus aujourd'hui que la négociation collective n'est plus seulement une négociation d'avantages au profit des salariés, mais qu'elle tend à devenir une négociation de gestion par laquelle les chefs d'entreprise définissent les conditions dans lesquelles ils utilisent la force de travail[446]. Le législateur a encouragé cette tendance en multipliant les accords dits « *dérogatoires* », qui ont la caractéristique d'habiliter les partenaires sociaux à ne pas respecter la protection offerte par la norme légale afin de fixer les conditions optimales au fonctionnement de l'entreprise. Cette évolution conduit à accorder une moindre confiance au résultat auquel peuvent conduire les accords collectifs. Il convient de comprendre pourquoi les négociateurs ont prévu une telle stipulation. Un contrôle des justifications est déjà effectué pour certains accords dérogatoires. L'accord de modulation doit « *préciser les données économiques et justifiant le recours à la modulation* » (art. L. 212-8 du code du travail). De même, la loi du 9 mai 2001 a posé des exigences de justification du recours au travail de nuit. Cette forme de travail doit être « justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ». L'accord doit mentionner ces justifications (L. 213-1 C. Trav.). Le contentieux sur ces questions de justification des accords collectifs demeure cependant peu développé[447].

La discrétion du droit de la négociation collective a donc été entamée dans certains domaines. Le droit permet aujourd'hui de contrôler les raisons pour lesquelles les employeurs ont conclu ou refusé de conclure une convention collective. Ce contrôle demeure cependant à l'état d'ébauche pour l'instant. L'empreinte de l'autonomie collective demeure très forte en la matière.

Le développement du contrôle des justifications dans le droit collectif du travail concerne donc pour l'essentiel le comité d'entreprise.

2. Le développement de la consultation du comité d'entreprise

157. Ambiguïté originelle de l'institution

Les comités d'entreprise disposent depuis leur création en 1945 d'un pouvoir de contrôle des prérogatives patronales. Ce contrôle ne fut cependant sérieusement envisagé que dans l'immédiat après-guerre, période au cours de laquelle il fut envisagé de confier aux comités d'entreprise des compétences économiques[448]. La

446. Cf. (entre autres) R. Soubie, *Quelques observations sur les accords « donnant-donnant »*, Dr. soc. 1985, p. 612 ; A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 200 sq. ; M.A. Rotschild, *Les accords d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 960 sqq

447. Cf. M. A. Souriac-Rotschild, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Dr. soc. 1996, p. 404

448. Cf. L'article très complet de J.P. Le Crom, *La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi*, Travail et Emploi, n° 63, 2/95, p. 58

« *bataille de la production* », engagée dans une économie fortement dégradée, permettait d'impliquer les salariés dans la recherche de l'accroissement de la productivité. Le patronat et les syndicats souhaitèrent rapidement mettre fin à cette expérience. L'ordonnance du 22 février 1945, modifiée par la loi du 16 mai 1946 prévoyait la consultation du comité d'entreprise sur l'organisation, la gestion, et la marche générale de l'entreprise. La formule se rapporte cependant aux prérogatives productives confiées aux comités dans l'immédiat après-guerre. Passée cette période, l'abandon de ces prérogatives a laissé l'institution dans un rôle subalterne. L'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945 faisait du comité d'entreprise un organe de coopération. Cette nature de l'institution, combinée avec une ferme jurisprudence protégeant la discrétion des prérogatives des chefs d'entreprise, donnait à l'institution un rôle ambigu. On ne peut donc affirmer qu'elle fut véritablement un organe de contrôle du pouvoir patronal. La jurisprudence sur les comités d'entreprise est demeurée rare[449] dans la période des « *Trente glorieuses* », marquée par la prégnance du modèle de l'employeur seul juge.

158. Le renouveau du droit des comités d'entreprise

La loi du 28 octobre 1982 met fin à l'ambiguïté du rôle des comités d'entreprise. Toute référence à la mission de coopération est effacée de notre droit. La volonté du législateur est alors d'accorder davantage d'importance au comité d'entreprise, et d'en faire un véritable organe de contrôle du pouvoir de l'employeur[450]. Cette nouvelle définition de la mission des comités d'entreprise a permis un net accroissement de leurs attributions et activités. Les obligations des employeurs à l'égard des comités d'entreprise ont largement crû depuis 1982[451]. L'augmentation n'est pas seulement quantitative. La jurisprudence s'efforce de mieux faire respecter les attributions des comités d'entreprise. Certaines décisions ont clairement cherché à donner une efficacité optimale à la consultation du comité[452]. Cette exigence n'est sans doute pas étrangère à la nécessité exprimée par le droit communautaire que la consultation ait un « *effet utile* »[453].

159. Justification devant le comité d'entreprise

De nombreuses règles imposent à l'employeur de justifier ses choix devant le comité d'entreprise. L'employeur doit les justifier chaque fois qu'il lui est imposé d'informer ou de consulter le comité d'entreprise. L'information suppose en premier lieu que l'employeur fasse connaître ses choix, et les raisons qui l'ont conduit à les effectuer. Elle suppose qu'il réponde à toutes les questions que les représentants pourraient lui poser sur ces choix. La consultation suppose, outre l'information sur le choix envisagé, que l'employeur prenne en compte les propositions faites par les représentants, et qu'il y apporte une réponse motivée. La différence entre

449. Voir M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise*, 1ère ed., 1975, p. 477sq.

450. Cf. A. Lyon-Caen, *Le comité d'entreprise à l'heure du changement,* Dr. soc. 1982, p. 299 ; adde du même auteur, *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel ?* D.O. 1986, p. 355

451. M. Cohen (op. cit. p. 57) a ainsi relevé 53 textes officiels ayant modifié le droit applicable aux comités d'entreprise entre 1983 et 1996

452. Voir sur les arrêt Sietam, Soc., 16 avril 1996, A. Lyon-Caen, *La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise*, Dr. soc. 1996, p. 484 ; Voir aussi Soc., 5 mai 1998, Dr. soc. 1998, p. 579, rap. Y. Frouin, imposant le respect de la consultation même pour des questions soumises à la négociation collective.

453. Cf. A. Lyon-Caen, prec.

consultation et information au regard de l'impératif de justification n'est pas significative. Lorsque l'employeur informe le comité, il est tenu de répondre à toutes les interrogations que les représentants pourraient formuler sur le choix opéré. Consultation et information diffèrent cependant formellement par leur procédure. En cas de consultation, l'employeur est tenu d'organiser un vote afin de recueillir l'avis du comité[454].

Consultation et information impliquent un contrôle des justifications, c'est-à-dire qu'elles requièrent que l'employeur soumette au comité d'entreprise non seulement les décisions qu'il envisage de prendre, mais les raisons qui conduisent à ce choix. De nombreux indices d'une telle exigence peuvent être relevés dans les règles applicables à la consultation. De manière générale, les articles L. 431-5 et L. 434-4 imposent à l'employeur de fournir une réponse « *motivée* » aux propositions ou aux observations du comité. La motivation ne doit pas s'entendre ici au sens du droit administratif, mais des raisons pour lesquelles l'employeur accepte ou refuse les propositions qui lui sont faites. Il ne peut se contenter d'une réponse péremptoire. De même, en cas de modification de la structure de l'entreprise, l'article L 432-1 alinéa 3 impose à l'employeur d'expliciter les « *motifs des modifications projetées* ». Par ailleurs, lorsque l'employeur n'a pas exécuté les prévisions du rapport sur l'égalité professionnelle, il doit fournir les « *motifs* » de cette inexécution (art. L. 432-3-1alinéa 2). Il doit également fournir les « *motifs* » qui le poussent à recourir aux travailleurs « *précaires* » (art. L. 432-4-1al. 2).

Lorsque les attributions du comité d'entreprise sont exercées par les délégués du personnel, l'article L. 422-4 prévoit qu'ils peuvent demander des « *explications* » dans les mêmes conditions que le comité d'entreprise. C'est pourquoi il n'est pas utile d'étudier spécialement cette fonction confiée aux délégués du personnel.

160. Droit communautaire et exigence de justification devant les représentants du personnel.

La directive 98/59/CE du Conseil du 25 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs impose une consultation des institutions représentatives du personnel en cas de licenciement. Cette consultation impose une communication des « *motifs du projet de licenciement* » aux représentants du personnel (article 2-3 b). Ces motifs doivent également être communiqués à l'autorité administrative compétente (article 3-1). Ces dispositions sont cependant peu contraignantes, car elles n'instituent aucun contrôle de ces motifs par les représentants du personnel, ni par l'autorité administrative. Elles exigent en réalité plus une communication des motifs, une motivation, qu'un contrôle sur les motifs des licenciements économiques.

Le droit communautaire institue également une procédure de consultation du comité d'entreprise européen[455]. Il comporte enfin des dispositions destinées à harmoniser le droit à consultation des salariés. L'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame le droit à l'information et à la consultation « en un temps utile » et « aux niveaux appropriés ». La directive

454. Indication indirecte dans l'article L. 434-3 « *Le président du comité ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel.* »

455. Cf. Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

2002/14 CE di 11 mars 2002 détermine un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la communauté européenne. Les États membres ont l'obligation de prévoir des procédures de consultation permettant « l'échange de vue et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur sur les thèmes fixés par cette directive.

Un projet actuel de directive prévoit également d'harmoniser les procédures de consultation au sein de la Communauté européenne[456]. Reprenant les termes de la directive 94/45CE, il prévoit que soient « *organisés un dialogue et un échange de vues* » entre l'employeur et les représentants du personnel sur divers thèmes que le projet de directive énumère.

161. Conclusion : la consécration de l'essor de l'exigence de justification par l'article L. 120-2 du Code du travail

Ce bref examen historique montre l'incontestable essor de l'exigence de justification, tant dans les relations individuelles que dans les relations collectives de travail. Ce panorama ne serait pas complet sans que ne soit évoquée la consécration de la place prééminente de cette exigence dans l'article L. 120-2 du Code du travail qui dispose : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Il convient certes de ne pas se méprendre sur la portée de cette formule issue de la loi du 31 décembre 1992. Elle énonce davantage un principe qu'elle n'impose une règle créatrice de droits subjectifs au profit des salariés. Les notions de « *droits des personnes* » et de « *libertés individuelles et collectives* » sont trop générales et imprécises pour fonder de tels droits. L'importance de cet article n'en est pas moindre. Placée à l'orée de l'exposé des dispositions générales relatives au Contrat de travail dans le Code, la proclamation de ce principe a pour vocation de fournir un cadre général d'interprétation de l'ensemble des règles du droit du travail[457]. Le législateur n'a fait que proclamer un principe que la jurisprudence admettait de longue date. L'article L. 120-2 a dès lors une triple vocation : rendre plus intelligibles les règles du droit du travail, entériner les initiatives judiciaires relatives au contrôle du pouvoir de l'employeur, et encourager les magistrats à poursuivre dans cette voie. L'article L. 120-2 constitue un puissant adjuvant rhétorique à la disposition de ces derniers, pour imposer la justification des choix patronaux. Lorsqu'une norme habilite les juges à contrôler le pouvoir de l'employeur, l'article L. 120-2 impose à la fois le principe d'une transparence dans les raisons des choix patronaux[458], et la recherche d'une qualité substantielle que doivent respecter ces actes[459].

---

456. Proposition de directive du Conseil établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, Document 598PC0612 du 31/01/2000.

457. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 878

458. Voir l'interprétation donnée par la circulaire DRT nº93-10 du 15 mars 1993, BOMT 93-10, Introduction

459. Voir déjà, fondé sur l'article L. 120-2 Soc., 14 décembre 1999, Bull. civ. V, n°488 (possibilité pour un cadre de haut niveau d'émettre des réserves sur les politiques de l'entreprise) ; Soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.143, D. 2000, IR p. 228 (restriction à la liberté du travail par une clause d'exclusivité pour un VRP travaillant à temps partiel)

Si l'essor de l'impératif de justification est historiquement incontestable, il convient de préciser que cet essor s'est produit dans des domaines très divers, sans qu'une politique cohérente ait été développée. Il est dès lors nécessaire de faire le point sur son champ d'application.

SECTION 2. CHAMP D'APPLICATION DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

162. Les développements qui précèdent ont permis de dégager et de préciser l'originalité de l'exigence de justification. Elle constitue l'obligation d'expliciter les raisons d'un choix affectant les salariés. Ces caractéristiques permettent de cerner le domaine dans lequel cette obligation s'impose (§1). L'importance de ce champ d'application conduit à s'interroger sur la persistance de choix des chefs d'entreprise non soumis à cet impératif (§2).

§1. ÉTENDUE DE L'IMPÉRATIF DE JUSTIFICATION DANS LE DROIT POSITIF

163. L'impératif de justification se manifeste à des moments très différents des relations de travail. Il intervient lorsque l'employeur produit un acte juridique (A), ou lorsqu'il se contente de réaliser un acte matériel (B).

A. PRODUCTION D'ACTES JURIDIQUES

164. Le développement du contrôle des justifications patronales s'est opéré pour la plus grande part lors de la production d'actes juridiques, c'est-à-dire d'actes de volonté produisant des effets de droit. Ce contrôle concerne la production de décisions (1), ainsi que celle de règles (2).

1. Production de décisions

165. Le contrôle des justifications s'exerce en premier lieu lorsque l'employeur produit des décisions, c'est-à-dire des actes individuels ordonnant de manière catégorique la production d'effets juridiques[460]. Les décisions sont caractérisées par le fait que leurs destinataires sont immédiatement identifiés, ainsi que par l'épuisement de leurs effets juridiques dans leur prononcé. Elles n'ont pas vocation à définir un modèle de conduite qui s'imposerait de manière générale. Selon P. Mayer[461], elles sont à la fois concrètes (elles visent des individus identifiés), catégoriques (elles donnent un « ordre à l'état pur » et ne visent pas une hypothèse abstraite), et non permanentes (elles produisent un nombre déterminé d'effets).

Le contrôle des justifications s'impose à l'égard de deux décisions essentielles du chef d'entreprise : le licenciement et la sanction disciplinaire.

---

460. P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n° 68

461. ibid.

a)Justification du licenciement

166. Notion de licenciement

Le contrôle des justifications est particulièrement important en raison de la place exceptionnelle occupée par cet acte juridique au sein du droit du travail. En dernier ressort, la mesure du contrôle effectué sur les actes de l'employeur dépend de celui effectué sur le licenciement. La justification des sanctions disciplinaires n'aurait pas beaucoup d'intérêt si l'employeur conservait un droit discrétionnaire de licencier. Il en est de même de l'instauration d'un contrôle collectif sur la modification des conditions de travail. Le ferme contrôle du droit de licencier est donc garant de l'ensemble du contrôle des justifications.

La promotion jurisprudentielle d'une conception extensive de la notion de licenciement a permis de renforcer l'exigence de justification. Pendant longtemps, la Cour de cassation a rendu une jurisprudence équivoque sur la question de la modification du contrat de travail. En présence du refus d'une modification, la Cour de cassation avait promu un régime hybride, dit de la « *prise d'acte de la démission* » par lequel l'employeur pouvait s'affranchir des règles du droit du licenciement. Cette notion a été abandonnée. Dans le droit contemporain, les règles procédurales et celles qui régissent le fond du droit du licenciement sont applicables chaque fois que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail à la suite d'un refus par le salarié d'une modification des conditions d'emploi. Il en va évidemment ainsi lorsque le salarié refuse une modification de son contrat[462] ou un changement des conditions de travail[463].

Seuls échappent au régime du licenciement les actes qui procèdent d'une démission, c'est-à-dire d'une volonté claire et non équivoque du salarié de rompre le contrat de travail[464].

Le principe retenu dans le droit contemporain est donc celui de l'application du régime du licenciement à toute rupture dont l'employeur prend l'initiative.

167. Tout licenciement doit être justifié

La loi du 13 juillet 1973, complétée par une impressionnante série de lois successives a conduit à l'exigence générale de la justification de tout licenciement. Ces règles combinent des règles de procédure, des règles de fond, et des règles de preuve.

Les règles de procédure exigent en premier lieu que l'employeur convoque le salarié, et qu'il lui fasse connaître les motifs du licenciement au cours d'un entretien. La seule exception à cette règle concerne le licenciement pour motif économique de plus de dix salariés sur une période de 30 jours. En ce cas, la procédure de licenciement collective est étayée, et l'employeur n'est pas tenu de procéder aux entretiens individuels[465].

---

462. Cette règle s'applique même lorsque le salarié cesse le travail Cf. Soc., 10 avril 1996, RJS 6/96, n° 656 ; voir cependant en cas de mise en demeure par l'employeur Soc., 5 mars 1997, Bull. civ. V, n° 96, Dr. soc. 1997, p. 531, obs. G. Couturier

463. L'exigence de justification est cependant très amoindrie en ce cas. Cf. infra n° 141

464. Soc., 10 avril 1996, Bull. civ. V, n° 148

465. L. 122-14 al. 3

L'exigence de justification s'impose quels que soient le nombre de salariés occupés dans l'entreprise et leur ancienneté. Elle est exigée quelle que soit la nature du licenciement prononcé.

Tous les licenciements doivent respecter l'impératif de justification. Cette règle s'impose dès lors que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail. La seule exception à l'exigence d'une justification pour les licenciements concerne la rupture de la période d'essai, qui demeure régie par les règles de l'abus de droit[466], ainsi que la résiliation conventionnelle[467].

b) Justification des mesures disciplinaires

168. Article L. 122-40 du Code du travail

La loi du 4 août 1982 a étendu l'exigence de justification aux sanctions disciplinaires. Le champ d'application de ce dispositif mérite donc d'être précisé. Celui-ci est défini à l'article L. 122-40 du Code du travail. Le droit disciplinaire s'applique lorsque l'employeur prononce une sanction, c'est-à-dire, selon cet article « *toute mesure […] prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». Ce texte est d'une lecture difficile, et sa signification doit être précisée à la lumière de la jurisprudence ultérieure. Il combine deux éléments : une faute du salarié, et une mesure prise par l'employeur.

169. Notion de faute

La faute du salarié n'est pas définie par l'article L. 122-40. Elle renvoie à un acte ou comportement du salarié, qualifié d' « *agissement* », terme dont l'emploi au singulier était jusque là inconnu de la langue française. L'absence de précision laisse entendre que les agissements du salarié peuvent être des actions ou des abstentions, intentionnels ou non.

L'application du droit disciplinaire requiert que ce comportement du salarié soit « *considéré comme fautif* » par l'employeur. Cette formulation est trompeuse, car elle semble laisser la qualification de faute au seul choix de l'employeur. Ainsi, en cas de mutation d'un salarié, ne pourrait-on considérer que le choix de l'employeur n'est une sanction que si l'employeur a considéré le fait à l'origine de la mesure comme une faute ? Les décisions rendues en la matière montrent la volonté des magistrats de ne pas abandonner une cette qualification de faute à la discrétion de l'employeur. Cette qualification semble procéder d'une ontologie : certains comportements sont par nature des fautes disciplinaires, d'autres semblent l'exclure. La Cour de cassation refuse ainsi de considérer l'insuffisance ou l'inaptitude professionnelle comme des fautes disciplinaires[468].

Le critère de la faute disciplinaire est cependant difficile à préciser. La distinction autrefois proposée entre les fautes contractuelles et les fautes

---

466. voir infran° 230

467. cf. infra n° 236

468. Soc., 4 décembre 1986, Bull. civ. V, n° 579 (cassation pour manque de base légale de l'arrêt qui ne précise pas en quoi la mauvaise qualité du travail fourni peut être qualifiée de faute) ; Soc., 11 décembre 1986, Bull. civ. V, n° 594 (même motivation pour l'insuffisance professionnelle) ; Soc., 7 novembre 1984 (les dispositions d'une convention collective applicables aux fautes disciplinaires sont inapplicables à un licenciement motivé par une insuffisance professionnelle)

disciplinaires n'est pas pertinente. Le texte légal, pas plus que la jurisprudence, ne se réfère à la source du manquement pour lui attribuer une qualification. Certains auteurs considèrent que la faute s'entend ici de la faute disciplinaire, c'est-à-dire la « *violation des règles de discipline* », en d'autres termes « *les mesures d'organisation générale de l'entreprise destinées à assurer le bon fonctionnement de l'ensemble et un minimum d'harmonie de vie collective* »[469]. Cette définition de la faute par rapport à la fonction de la règle violée n'est pas satisfaisante, car il est difficile d'établir quelles sont les règles qui ont pour objet le bon fonctionnement de l'entreprise. La jurisprudence autorise l'employeur à se prévaloir de règles qui n'ont pas été déterminées à l'avance par le chef d'entreprise, notamment à des règles non consignées dans le règlement intérieur[470]. Il est même possible d'affirmer aujourd'hui que toutes les règles qui ne remplissent pas cette fonction sont prohibées par l'article L. 120-2 du Code du travail. Enfin, les règles qui permettent d'apprécier la compétence professionnelle correspondent à l'évidence à des règles de fonctionnement de l'entreprise, alors que la Cour de cassation refuse de voir dans ces manquements des fautes disciplinaires. Il ressort donc que la Cour de cassation ne distingue pas véritablement les fautes de nature disciplinaire des autres fautes.

Il semble, conformément à la définition fournie par le droit civil, que la faute désigne simplement tout comportement s'écartant du modèle de conduite qu'aurait suivi un homme normalement prudent et diligent. L'exclusion du champ des sanctions disciplinaires des questions d'inaptitude et d'incompétence serait essentiellement due au fait que la Cour de cassation considère que ces manquements ne sont pas des comportements blâmables. En d'autres termes, la Cour de cassation mêlerait ici une opération de qualification (savoir si le comportement du salarié peut être considéré comme fautif) et la question de l'appréciation de la légitimité de la sanction d'un tel comportement. Faute de manquement délibéré du salarié, son incompétence ou son inaptitude ne peut lui être reprochée. L'incompétence ou l'inaptitude involontaires sont bien des manquements aux règles de l'entreprise, mais il est interdit de les sanctionner car ils ne peuvent véritablement être reprochés aux salariés. La Cour de cassation accepte que l'employeur prenne des mesures pour remédier à ces manquements : celles-ci ne peuvent être légitimées sur le registre de la faute, mais sur celui de l'aptitude du salarié à répondre aux besoins productifs de l'entreprise[471].

170. Sanction

La détermination du champ d'application du droit disciplinaire requiert, outre cette faute grossièrement définie, le prononcé d'une *mesure* par l'employeur. L'article L. 122-40 est difficile à interpréter. Il semble qu'il faille comprendre que cette notion exige que la mesure affecte la présence du salarié, sa fonction, ou sa

469. J. Pélissier, *La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 1983 p. 548. La seconde citation est empruntée par M. Pélissier à M. Bacquet, (Dr. soc. 1980 p. 315). Malgré quelques nuances, la suite du texte montre que l'auteur adopte lui-même cette définition de la faute disciplinaire.

470. Soc., 25 juin 1987, Bull. civ. V, n° 423 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 896. Cette règle découle directement de la conception « *institutionnelle* » donnée par la jurisprudence au pouvoir de l'employeur depuis l'après guerre. Cf. Soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946 p. 427, note P. Durand, prec.

471. Cf. Infra n° 379

carrière[472]. A tout le moins, peut-on considérer que ces mesures sont des sanctions lorsqu'elles peuvent avoir de manière non immédiate un tel effet, par exemple lors du prononcé d'une sanction ultérieure. Ainsi, le champ d'application du droit disciplinaire dépend-il du prononcé ou non d'un acte juridique. Lorsque la mesure est sans aucune conséquence sur l'ordre juridique, et ne modifie pas la situation du salarié, cette mesure ne peut être définie comme une sanction. Il en découle, selon l'article L. 122-40, que de simples observations verbales ne peuvent être considérées comme une sanction. Elles ne modifient nullement la situation du salarié, et ne pourront être prises en compte dans le prononcé d'une sanction ultérieure. La jurisprudence sur les refus d'avancement est particulièrement significative de cette conception. La Cour de cassation considère qu'un refus d'avancement ne peut être considéré comme une sanction que s'il porte atteinte à un droit du salarié[473]. A l'inverse, le refus d'avancement, lorsque celui-ci est prononcé au choix de l'employeur ne constitue pas une sanction disciplinaire[474].

171. Lien de causalité entre la faute et la sanction

L'article L. 122-40 exige un lien entre la faute du salarié et cette mesure de l'employeur : cette dernière doit avoir été prise « *à la suite* » de la première. Cette condition exprime l'exigence d'un lien de causalité entre le comportement fautif du salarié et la sanction disciplinaire. Le critère utilisé par le législateur est un critère temporel. Sans doute le législateur entendait-il par là suggérer au juge de ne pas se contenter du lien établi par l'employeur entre une faute et une sanction, mais de rechercher si le choix opéré par l'employeur n'est pas la conséquence d'un comportement antérieur du salarié, que le juge peut annuler en raison de la violation des règles du droit disciplinaire.

Le contrôle des justifications patronales ne s'exerce pas seulement à l'occasion de la production d'actes juridiques de portée individuelle. Il s'exerce également lorsque l'employeur produit des règles destinées à régir la collectivité des salariés.

2. Production de règles

172. Par opposition aux décisions, les règles sont définies comme des modèles de conduite généraux et abstraits. Les sujets qui lui sont soumis sont envisagés de manière hypothétique, en visant un type abstrait de destinataires[475]. Elles ont vocation à normaliser, à structurer les comportements sociaux.

La production de règles de portée collective est fréquemment soumise à une exigence de justification. Il convient de distinguer les règles édictées unilatéralement par le chef d'entreprise des règles négociées.

a)Justification des règles unilatérales

---

472. Voir cependant J. Pélissier, prec. Dr. soc. 1983, p. 546 sq., pour qui le texte de l'article L. 122-41 impose que puissent être considérées comme sanctions des mesures qui n'ont pas une telle incidence.

473. Soc., 20 mars 1990, Bull. civ. V, n° 122 ; Soc., 3 février 1993, Bull. civ. V, n° 38

474. Soc., 15 avril 1992, Bull. civ. V, n° 274, RJS 1992, n° 736 ; JCP 1992, ed. E. 1193, II, note F. Favennec-Hery ; Soc., 22 janvier 1991, Bull. civ. V, n° 35

475. Cf. P. Mayer, prec. Comp. A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chr., p. 199, n°3, pour qui norme et règle sont synonymes.

173. La loi du 4 août 1982 a tenté de définir le domaine du pouvoir réglementaire du chef d'entreprise. Le système proposé alors par le législateur semblait n'ouvrir la voie qu'à deux catégories de règles : les règles unilatérales, cantonnées dans le règlement intérieur, et les autres règles, relevant du droit à la négociation collective reconnu aux salariés[476]. Les seules règles relevant du pouvoir unilatéral devraient par conséquent être celles édictées dans le règlement intérieur. Force est cependant de constater que notre droit admet d'autres règles que celles figurant dans le règlement intérieur.

174. Règlement intérieur

La loi du 4 août 1982 a maintenu la possibilité pour l'employeur d'édicter des règles unilatérales. L'objet de ces règles est circonscrit aux seules questions relatives à la discipline, aux droits de la défense conférés aux salariés, aux dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle, et aux questions d'hygiène et de sécurité. Le domaine de ces normes est donc vaste, d'autant que la notion de discipline est imprécise. Elle peut inclure toutes les questions liées à l'organisation de l'entreprise[477]. La jurisprudence du Conseil d'État n'a pas permis d'en dégager une définition. Les auteurs affirment qu'elle désigne les règles « *dont le non-respect expose à l'application de sanctions* »[478]. Elle englobe donc toutes les règles concernant le respect des horaires et de la durée du travail, l'accès à l'entreprise, ainsi que celles régissant les modalités d'exercice du droit disciplinaire. La jurisprudence semble en réalité considérer que toutes les règles qui risquent de porter atteinte aux droits et libertés des salariés doivent être consignées dans le règlement intérieur, afin d'en permettre l'examen par le juge administratif. Il en est ainsi des règles qui concernent la surveillance des salariés par télésurveillance ou autocommutateurs téléphoniques, la fouille des salariés, et celles relatives à la tenue vestimentaire des salariés[479].

La délimitation du domaine du règlement intérieur présente un double intérêt. Elle permet en premier lieu de restreindre l'objet du pouvoir normateur de l'employeur. L'employeur ne peut en principe édicter des règles unilatérales qui empiètent sur l'aire reconnue au contrat de travail. Il en est ainsi par exemple de règles organisant la mobilité des salariés[480]. L'employeur se voit reconnaître - de manière discutable - la possibilité de fixer ces règles dans un accord collectif, mais il ne peut les édicter unilatéralement. En second lieu, le règlement intérieur permet de déterminer par avance la manière dont s'exercera le pouvoir de l'employeur dans des domaines qui lui réservent une large marge d'initiative et d'appréciation. C'est pourquoi les questions visées à l'article L122-34 doivent obligatoirement figurer

---

476.Voir A. Supiot, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215 ; M. Véricel, Sur le pouvoir normateur de l'employeur, Dr. soc. 1991, p. 120 ; Y. Chalaron, *Règlement intérieur et notes de service,* Enc. Dalloz, V° *Règlement intérieur* (1999), n° 42

477. Y. Chalaron, prec. n° 56

478. G. Couturier, T.2, n° 22

479. Ainsi que le note G. Couturier (prec.), ces prescriptions sont à la frontière entre des préoccupations de sécurité (ou d'hygiène) et de questions de discipline. Certaines questions sont plus débattues, telle la fixation de mesures anti-tabac dans l'entreprise, v. T.A. Paris, 22 juin 1994, RJS 8-9 1994, n° 983 (admettant que figurent dans le règlement intérieur de telles clauses).

480. Soc., 12 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 670 ; 2 octobre 1997, RJS 1997, n° 1236

dans le règlement intérieur[481]. Ce caractère obligatoire du contenu du règlement intérieur permet de réprouver la jurisprudence de la Cour de cassation qui reconnaît à l'employeur la faculté d'appliquer une sanction non fixée dans le règlement intérieur[482]. L'employeur ayant l'obligation de fixer l'échelle des sanctions, on comprend mal comment il pourrait par la suite échapper à la règle qu'il a lui-même fixée.

175. Consultation du comité d'entreprise sur le règlement intérieur

La production des règles du règlement intérieur donne lieu à une consultation du comité d'entreprise. Celui-ci doit rendre un avis sur ces règles. Cet avis est transmis à l'inspecteur du travail chargé de contrôler la légalité du règlement intérieur (article L. 122-36 du Code du travail). Bien que la procédure par laquelle le règlement est soumis au comité d'entreprise ne soit pas détaillée dans la loi, il est possible de considérer que cette soumission pour avis exige un examen des justifications patronales : l'employeur doit expliquer au comité les raisons pour lesquelles il envisage d'édicter les règles qu'il lui soumet pour avis. Seule une explicitation permettra au comité d'examiner si le règlement n'apporte pas « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » (art. L. 122-35). Faute de l'instauration d'un débat sur la justification des choix opérés par le chef d'entreprise, le comité ne pourrait rendre un avis sur le contenu du règlement intérieur. Cette situation est à distinguer de celle de l'avis défavorable rendu par le comité sur les règles proposées par l'employeur à la suite d'une consultation régulière. Dans ce cas, l'employeur ne s'expose à aucune sanction[483]. Par contre l'insuffisante consultation du comité expose l'employeur à la double sanction du délit d'entrave, ainsi qu'à celle prévue pour la violation de l'obligation d'édicter un règlement intérieur (R. 152-4).

176. Règles atypiques

L'intention du législateur lors du vote de la loi du 4 août 1982 était de circonscrire l'aire du pouvoir réglementaire unilatéral aux seules règles fixées dans le règlement intérieur. Toute autre règle aurait dû être négociée, en application du droit à la négociation collective reconnu aux salariés. Les nécessités pratiques ont cependant conduit à reconnaître à d'autres règles unilatérales une valeur juridique. Force est d'admettre que leur fondement et leur régime sont pour une grande part indéterminés. Ces règles peuvent donc être qualifiées d'atypiques.

Ces règles sont d'une grande diversité. Certaines sont évoquées dans le Code du travail. L'article L. 132-39 reconnaît ainsi le pouvoir pour l'employeur d'édicter des « *mesures* » unilatérales en cas d'échec de la négociation obligatoire dans l'entreprise. Le terme ne doit pas tromper : le Code reconnaît à l'employeur la faculté d'édicter de véritables règles, générales et abstraites. L'employeur a également la possibilité de définir unilatéralement les critères d'ordre applicables au licenciement pour motif économique, lorsque aucun accord collectif n'est applicable (art. L. 321-1-1). L'analyse de ces règles atypiques doit également réserver une

481. Voir A. Supiot, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992 p. 215, n° 11 J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 896

482.Soc., 25 juin 1987, Bull. civ. V, n° 423, D. 1988, Somm. p. 98, obs. J. Pélissier

483. Soc., 16 octobre 1980, Bull. civ. V, n° 752

place particulière aux différents *plans* que l'employeur a l'obligation d'établir : plan de sauvegarde de l'emploi en cas de licenciement pour motif économique[484], complété par le plan de reclassement[485], plan pour l'égalité professionnelle[486], plan de formation[487], plan d'adaptation en cas d'introduction de nouvelles technologies[488], plan d'étalement des congés[489]. Leur statut juridique est parfois flou, mais nul ne doute plus aujourd'hui de leur valeur de règle valide dans l'entreprise[490]. Il faut enfin ajouter à la liste de ces règles les usages d'entreprise, accords atypiques, ou accords de fin de conflit. On s'accorde aujourd'hui pour leur reconnaître la valeur d'engagements unilatéraux[491].

Les normes qui régissent l'ensemble de ces règles unilatérales ne sont pas toujours claires, ni uniformes. Leur production et leur mise en cause sont soumis à l'exigence de justification.

177. Production des règles unilatérales

La réglementation de la production des règles unilatérales est d'inégale importance. Le Code ne précise parfois que la manière dont elles doivent être édictées. Il impose ainsi la consultation du comité d'entreprise pour la mise en œuvre des différents plans, ainsi que pour la définition des critères d'ordre du licenciement. Lorsque cette procédure n'est pas spécialement prévue, il ne fait pas de doute que la procédure de consultation du comité d'entreprise doit être respectée. Par nature, ces règles, générales et abstraites, sont destinées à régir la collectivité des salariés. Elles intéressent nécessairement les conditions de travail et d'emploi dans l'entreprise, et relèvent à ce titre de l'article L. 432-1.

La Cour de cassation a rappelé l'exigence de la consultation du comité d'entreprise, y compris les cas dans lesquels l'employeur négocie avec les syndicats représentatifs[492]. Cette fermeté laisse penser qu'*a fortiori* la consultation doit être respectée en présence de la production d'une norme unilatérale. Il convient toutefois par hypothèse d'exclure de cette exigence la production des usages d'entreprise. Comme on le sait, ces derniers ne constituent pas des règles *posées* par un acte de volonté, mais des règles *supposées*, que l'on découvre au travers de la répétition

484. art. L. 321-4

485. art. L. 321-4-1

486. art. L. 123-4

487. art. L. 931-1 sqq.

488. art. L. 432-2 al. 2

489. L. 432-3 al. 4

490. Voir spécialement sur le plan social (rebaptisé *plan de sauvegarde de l'emploi* par la loi de Modernisation sociale du 17 janvier 2002) : F. Gaudu, *L'extinction du plan social*, D. 1995, chr, p. 337, n° 3 : le règlement intérieur constitue selon lui un « *engagement par volonté unilatérale, engagement de nature collective comme le règlement intérieur* » ; voir également A. Lyon-Caen, *Le plan social et la nullité des licenciements collectifs*, D. 1997, J. p. 171, sp. n°7, analysant le règlement intérieur comme un acte juridique ; adde sur le plan social : F. Gaudu, *Le contrôle de l'exécution du plan social*, Dr. soc. 1994, p. 492 ; G. Couturier, *Le plan social : aspects juridiques*, Dr. soc. 1985, p. 643 ; J. Pélissier, *Le contrôle des plans sociaux*, RJS 1994, p. 563.

491. Cf. E. Dockès, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227 ; adde G. Vachet, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620 ; C. Freyra*, Les accords d'entreprise atypiques,* Dr. soc. 1988, p. 43

492. Soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 219, Dr. soc. 1998, p. 597 rap. Frouin

d'une pratique. Il est donc impossible de soumettre leur production à un contrôle du comité d'entreprise.

178. Mise en cause des règles unilatérales

La révision ou l'extinction d'une règle unilatérale oblige l'employeur à consulter le comité d'entreprise. Ce principe semble d'abord être requis pour le plan plan de sauvegarde de l'emploi, si toutefois on admet la possibilité de sa mise en cause[493]. La dénonciation du plan de sauvegarde de l'emploi exige une consultation, en raison de la règle du parallélisme des formes[494]. Encore faut-il préciser que cette dénonciation ne peut être efficace à l'égard des droits acquis par les salariés lorsque le plan était encore en vigueur[495].

Concernant la dénonciation des usages et autres engagements unilatéraux, la Cour de cassation n'a pas directement insisté sur l'exigence d'une justification. Sa jurisprudence est sur cette question très nuancée. L'arrêt *Deschamps* recèle déjà toute l'ambiguïté de la jurisprudence[496]. La Cour de cassation semble d'abord rappeler le caractère discrétionnaire de la dénonciation des usages. Elle commence par proclamer que l'employeur est « *responsable de l'organisation, de la gestion et de la marche générale de l'entreprise* ». La formule rappelle à l'évidence celle traditionnellement employée dans la jurisprudence sur l'employeur « *seul juge* », excluant tout contrôle des justifications. L'expression est cependant rapportée à l'opposabilité de la dénonciation de la règle unilatérale à l'égard des salariés : est-elle dès lors destinée à protéger la discrétion de la prérogative patronale ou son efficacité juridique ? La suite de l'arrêt n'est pas moins ambiguë. La Cour de cassation exige, pour que la dénonciation soit opposable aux salariés concernés, outre le respect d'un délai de prévenance permettant d'éventuelles négociations, qu'une double « *information* » soit donnée aux salariés. Elle doit être fournie à la fois aux intéressés, et aux institutions représentatives du personnel. La Cour de cassation n'a cependant pas précisé si cette information désignait une simple notification, par laquelle l'employeur fait connaître sa volonté de mettre fin à l'usage, ou si elle désigne une explicitation plus détaillée. Certains arrêts se réfèrent à la notification, mais non à l'information[497]. La jurisprudence ultérieure n'a pas précisé la teneur de cette information.

La Cour de cassation a rendu des décisions ambiguës sur ce terrain. Elle a précisé dans un arrêt du 13 février 1993 que la dénonciation « *n'a pas à être*

---

493. Les auteurs sont divisés sur la possibilité d'une mise en cause du plan social cf. J. Pélissier, Le contrôle des plans sociaux, RJS 1994, p. 563 (le plan social est par nature destiné à régir un projet précis de licenciement : il possède, sauf stipulation contraire, une durée déterminée. Il ne peut donc être mis en cause) comp. F. Gaudu, prec., D. 1995, chr. p. 337, n° 6 ; n° 20. (la réalisation du projet de licenciement ne peut être analysée comme le terme de l'acte)

494. Voir F. Gaudu, prec. n° 27, qui suggère que la procédure à adopter doit être calquée sur celle de la dénonciation d'un usage.

495. Voir F. Gaudu, prec., n° 31

496. Soc., 25 février 1988, Bull. civ. V, n° 139 ; D. 1988, somm., p. 320, note A. Lyon-Caen.

497. Voir Soc., 13 février 1996, Bull. civ. V, n°53 ; Voir ultérieurement Soc., 7 avril 1998, Bull. civ. V, n° 206, D. 1998, Somm. Obs. B. Gau, qui exige que l'employeur avertisse les salariés et les institutions représentatives

motivée », mais qu'elle est nulle si elle est motivée par un mobile illicite[498]. La Cour de cassation avait en l'espèce annulé la dénonciation prononcée dans le but de faire échec à l'exercice du droit de grève. Elle rappelle ici la règle du principe de la validité des actes juridiques par le seul effet de la volonté, sous réserve qu'il ne soit pas établi que l'acte a une cause illicite. La charge de la preuve du caractère illicite des mobiles pèse sur celui qui soulève la nullité de l'acte.

La Cour de cassation semble donc exclure l'exigence de justification. Un autre arrêt a cependant montré qu'elle n'est pas aussi hostile à l'idée d'une justification de la dénonciation des engagements unilatéraux. Dans un arrêt du 6 avril 1993, la Cour de cassation a condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse l'employeur qui avait licencié un salarié à la suite de son refus de la modification des conditions d'emploi induite par la dénonciation d'un usage. La Cour de cassation a condamné l'employeur car il avait mis fin à l'usage sans préavis et « *sans justification* »[499].

L'arrêt est à vrai dire confusément rédigé. Il n'a pas reçu l'honneur d'une publication au Bulletin. Il montre que l'exclusion d'un contrôle de la justification de la dénonciation des usages n'est pas aussi absolue qu'il y paraît au premier abord. Le contentieux du licenciement consécutif au refus des conséquences de la dénonciation d'un usage conduit nécessairement à l'examen des raisons de sa dénonciation. Le droit du licenciement ne procure pas seulement la garantie d'un contrôle des justifications dans d'autres domaines[500] : il constitue le facteur d'une extension constante du domaine des justifications.

En outre, il est paraît difficilement concevable que l'employeur se contente d'une simple notification pour remplir ses obligations à l'égard du comité d'entreprise, même si la Cour de cassation ne se réfère qu'à la notification de la dénonciation de l'engagement unilatéral. La plupart du temps, celle-ci est suffisamment importante pour qu'elle modifie les conditions de travail ou d'emploi dans l'entreprise. L'employeur est en ce cas tenu de consulter le comité. Sans doute la jurisprudence n'a-t-elle pas érigé le respect de la procédure consultative comme condition de l'opposabilité de la dénonciation aux salariés. Il serait pourtant souhaitable que la Cour de cassation mette en avant cette exigence. La simple notification ne permet nullement de considérer que la procédure de consultation a été respectée. De plus, la dénonciation d'un engagement unilatéral conduit à modifier les règles applicables dans l'entreprise, et porte atteinte à la situation des salariés. Il est en ce cas nécessaire qu'un contrôle puisse être effectué par les instances représentatives du personnel.

498. Soc., 13 février 1996, Bull. civ. V, n° 54

499. Soc., 6 avril 1993, Dr. soc. 1994, p. 364, note F. Duquesne ; voir aussi l'analyse de J. Déprez, *Le régime juridique des avantages collectifs de source informelle à travers la jurisprudence*, RJS 10/95, p. 641

500. v. supra n° 166

b) Règles négociées

179. Il a déjà été noté[501] que le contrôle des justifications est rare dans le champ couvert par la négociation collective. Le principe est celui de la liberté des thèmes et du contenu des accords collectifs. Seules deux exceptions peuvent être relevées. Certains accords dérogatoires (recours au travail et modulation du temps de travail) exigent de l'employeur qu'il justifie ses choix[502]. Par ailleurs, le déroulement de la négociation collective obligatoire impose qu'au cours de la procédure de négociation l'employeur engage de bonne foi un dialogue avec les organisations syndicales. Un arrêt de 1997 a ainsi esquissé les règles de ce dialogue, qui suppose échange de vues, explication, refus ou acceptation des propositions syndicales[503]. Le domaine de la négociation obligatoire ne cesse de s'étendre : initialement réservée aux salaires et à la durée effective et l'organisation du travail, elle comprend aujourd'hui la mise en place du travail à temps partiel, les régimes de prévoyance maladie, la participation financière et l'épargne salariale, et l'égalité sexuelle (L. 132-27 C. Trav.). Les débats avec les représentants du personnel ne sont d'ailleurs pas limités à ces questions, mais qu'elle tend à comprendre d'autres thèmes : l'alinéa 1er de l'article L. 132-27 précise que « *cette négociation est l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise* ». Cette notion d'examen renvoie-t-elle à l'idée d'un débat, voire d'une consultation, ou simplement à une information ? La jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'en dégager la signification.

Il est enfin à noter que certaines décisions tendent à instaurer un contrôle des justifications dans le droit de la négociation collective, lorsque ce droit confie des prérogatives unilatérales au chef d'entreprise. La faculté qui lui est laissée de dénoncer les accords collectifs a été tempérée par des décisions qui imposent au chef d'entreprise de consulter au préalable le comité d'entreprise[504].

B. L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION DES ACTES MATÉRIELS DES CHEFS D'ENTREPRISE

180. Notion d'acte matériel

Le contrôle judiciaire des justifications n'est pas limité aux cas dans lesquels le chef d'entreprise entend produire des actes juridiques, mais également à de simples actes matériels. Ceux-ci se caractérisent par le fait qu'ils ne produisent directement aucun effet sur l'ordonnancement juridique. Leur nature juridique est très variable : elle recouvre des actes d'exécution contractuelle, des actes relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise, ou des opérations d'ordre patrimonial, dépourvues de conséquences directes à l'égard des salariés. Le propre de ces actes est de ne pas porter atteinte directement à la situation juridique des salariés. Il convient de signaler l'importance de ce contrôle, qui montre que l'impératif de justification n'est

501. supra n° 154sq.

502. v. supra n° 156

503. Soc., 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 269, D. 1998, Somm. 258, obs. M.-A. Rotschild-Souriac

504 Paris, 6 mars 2002, Dr. Ouv. 2002, p. 116, note E. Gayat. L'absence de consultation du comité d'entreprise préalablement à la dénonciation d'une convention collective emportant des effets importants sur l'emploi a été considérée par la Cour d'appel comme une voie de fait justifiant le prononcé de la suspension des effets emportés par la dénonciation.

pas identifiable à un simple contrôle de la motivation des actes unilatéraux, contrairement à ce que pensent certains auteurs[505]. Le contrôle des justifications concerne plus largement tout exercice des prérogatives patronales.

Le contrôle des actes matériels effectués par le chef d'entreprise comprend la consultation du comité d'entreprise sur l'exercice du pouvoir de direction (1), et le contrôle des traitements inégaux (2).

1. La consultation du comité d'entreprise sur l'exercice du pouvoir de direction

181. Caractère général de la consultation sur l'exercice du pouvoir de direction

Pour peu que les mesures aient une quelconque importance à l'égard de la collectivité des salariés[506], la plupart des choix économiques et sociaux que l'employeur est habilité à effectuer en vertu de son pouvoir de direction exigent la consultation du comité d'entreprise. Cette consultation porte sur les conditions d'emploi, les conditions de travail, ainsi que sur les choix stratégiques du chef d'entreprise.

a)Conditions d'emploi

182. Les conditions d'emploi s'entendent de la situation juridique et numérique de la main d'œuvre dans l'entreprise[507]. De manière générale, l'article L. 432-1 du Code du travail prévoit la consultation du comité d'entreprise sur les conditions d'emploi dans l'entreprise. Celles-ci recouvrent les principales prérogatives de gestion de la main d'œuvre : politique de recrutement[508], structure des effectifs[509], volume des effectifs[510] politique salariale[511], etc. Un important arrêt du 28 novembre 2000 de la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que devaient être soumises à consultation non seulement les décisions ayant directement pour objet de modifier les conditions d'emploi, mais encore des décisions d'ordre commercial

---

505. Voir X. Lagarde, prec.

506. voir infra n°204

507. Etymologie : l'emploi vient du verbe employer, (*implicare* en latin), littéralement « *plier dans* », par métaphore, faire usage de quelque chose. Appliqué à la force de travail, l'emploi désigne donc avant tout l'usage fait de la main d'œuvre dans l'entreprise. Le sens moderne du terme proviendrait des économistes anglais du XVIIIe siècle, à l'instar de la notion d'employeur, traduction du terme anglais « *employer* ». (source *: Dictionnaire historique de la langue française*). Selon M. Gaudu, la notion d'emploi reçoit deux acceptions distinctes dans le droit du travail. Dans une acception individuelle, l'emploi désigne, selon lui, le droit à la stabilité conférée au salarié dans l'entreprise. Dans une acception collective, l'emploi désigne « *l'état numérique et juridique, de l'effectif, et évoque l'avenir commun du groupe que constituent les salariés* ». F. Gaudu, *La notion d'emploi en droit privé,* Dr. soc. 1987, p. 417 ; adde sur le premier sens F. Gaudu, *Les notions d'emploi en droit*, Dr. soc. 1996, p. 569

508. Article L. 432-2-1

509. Cf. Articles L. 432-4-1 (contrats précaires), L. 432-1-1 (qualifications), L. 438-1 (Bilan social) ; L. 432-4-2 et R. 432-19 du Code du travail (rapport unique portant sur les informations à caractère économique, social et financier dans les entreprises de moins de trois cents salariés). Voir également en matière d'égalité professionnelle L. 432-3-1 ; Voir aussi les différents plans élaborés par le comité : L. 431-1-1 (emploi et qualifications), L. 431-1-1(égalité professionnelle)

510. L. 432-1 de manière générale ; adde pour des « *plans de gestion prévisionnelle de l'emploi* », soumis à consultation du comité Soc., 12 janvier 1999, *Fédération générale des mines et de la métallurgie CFDT c/ Cie IBM France,* RJS 2/99, n° 158

511. Cf. Crim. 3 mars 1998, Bull. crim., n° 81 pour un plan de rémunérations ; Soc. 19 décembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 267, rap. P. Waquet (détermination d'un nouveau mode de rémunération)

susceptibles d'avoir un impact sur celles-ci. En l'espèce, l'introduction par une compagnie d'assurance d'un nouveau produit assurantiel devait faire l'objet d'une consultation en raison des répercussions de cette décision sur le mode de rémunération des agents chargés de sa commercialisation[512].

b) Conditions de travail

183. L'article L. 432-1 impose le principe d'une consultation du comité d'entreprise sur les mesures de nature à affecter les conditions de travail. Cette notion n'est pas très précise. Elle désigne l'environnement immédiat dans lequel le travail est exécuté. Elle englobe des questions aussi diverses que la gestion du temps de travail[513], et l'organisation du travail[514].

c) Choix stratégiques

184. Le comité d'entreprise doit également être consulté sur des choix stratégiques opérés par le chef d'entreprise, encore que ceux-ci ne portent pas directement d'effets à l'égard des salariés. La consultation porte sur des choix juridiques, économiques ou technologiques de l'entreprise[515].

De manière générale, la notion de *restructuration* rend bien compte du domaine de la consultation du comité d'entreprise sur les choix stratégiques de l'entreprise. Toutes les opérations d'acquisition ou de cession d'actifs devraient faire l'objet d'une consultation, dès lors qu'elles revêtent une certaine importance. Le seul critère à prendre en compte est celui de l'affectation de l'organisation ou de la marche générale de l'entreprise. Dans l'arrêt *Haulotte*, la Chambre criminelle a ainsi considéré qu'une cession d'action devait faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise, dès lors qu'elle constitue un moyen de céder le contrôle de l'entreprise[516]. Sans même se référer à l'intention du cessionnaire, la seule restructuration d'un groupe, dès lors qu'elle est susceptible d'avoir des répercussions sur les effectifs de l'entreprise doit faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise[517].

Il n'est pas requis que la restructuration prenne la forme d'une opération capitalistique pour que la compétence du comité soit reconnue. La restructuration doit s'entendre de toute opération affectant l'activité, le patrimoine, ou la direction de l'entreprise[518]. La jurisprudence admet ainsi la compétence du comité d'entreprise pour des mesures telles que la réorganisation interne d'un service[519], la sous-

512. Soc. 28 mai 2000, Dr. soc. 2001 p.212, obs. C. Radé.

513. Cf. L. 432-1 (durée, organisation, aménagement), L. 432-3 (durée, aménagement, étalement des congés)

514. L. 432-1 alinéa 1 ; L. 432-3

515. Sur l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise et la consultation du comité d'entreprise : cf. L. 432-2 (projet important d'introduction de nouvelles technologies). Le domaine de la consultation est fonction de l'incidence possible du projet sur l'emploi et l'organisation de l'entreprise (Crim. 3 mai 1994, Bull. crim. n° 164)

516. Crim. 2 mars 1978, Bull. crim n° 83 ; Dr. soc. 1978 p. 359 note J. Savatier ; adde A. Lyon-Caen, Dr. soc. Sp. Avril 1979, p. 27

517. Soc., 16 avril 1996, Sietam, Bull. civ. V, n° 163

518. A. Lyon-Caen, *Le comité d'entreprise et la restructuration de l'entreprise*, prec., Dr. soc. Sp., avril 1979, p. 27

519. Crim 25 octobre 1977, Bull. crim n° 321

traitance d'activités de l'entreprise[520], ou le développement de nouvelles activités[521]. La Cour de cassation impose également la consultation du comité d'entreprise en présence d'un projet de fermeture d'un établissement. Elle a exigé dans ce cadre une double consultation du comité d'entreprise, la première concerne la décision de fermeture du site, la seconde le projet de licenciement qui en découle[522].

185. Consultation générale et consultation spéciale

La compétence du comité d'entreprise dans les restructurations de l'entreprise est prévue à la fois au titre des prérogatives générales qui viennent d'être étudiées, et au titre de la procédure spéciale instituée pour les licenciements collectifs pour motif économique. La Cour de cassation tend à étendre le domaine de la procédure spéciale, ce qui permet de renforcer l'exigence de justification et de prévention qui est imposée au chef d'entreprise. Elle considère qu'un projet de restructuration conduisant à proposer à plus de dix salariés une modification de leur contrat de travail peut être assimilé à un projet de licenciement pour motif économique. Le refus de la modification par les salariés conduit l'employeur à envisager la rupture de leur contrat pour un motif économique. Il est donc tenu d'envisager et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi[523].

La Cour de cassation a cependant précisé qu'un tel plan n'a pas à être mis en œuvre en présence d'un simple plan de gestion prévisionnelle de l'emploi[524]. Elle estime que le plan en question, basé sur un système de volontariat, était, dans un premier temps, uniquement destiné à recueillir des candidatures. Cet arrêt est surprenant au regard de la jurisprudence antérieure examinée ci-dessus. Le projet était destiné à réduire les effectifs de 420 emplois. S'il n'envisageait directement aucune mesure de licenciement, on pouvait se demander s'il n'envisageait pas des modifications de contrat. Il prévoyait d'accorder aux volontaires des congés sans solde, le passage à temps partiel, ou des mises en disponibilité. Quoi qu'il en soit, la compétence du comité au titre des prérogatives générales donne lieu à une exigence de justification, qui n'est pas moindre si elle est prise au sérieux. La complexité des questions examinées, et l'obligation faite à l'employeur d'apporter une réponse motivée aux observations des représentants, pourront exiger une seconde réunion du comité d'entreprise[525].

2. La justification des traitements inégaux

186. Les directives et la jurisprudence communautaire exigent la justification des traitements inégaux en présence d'une discrimination indirecte. La justification des traitements inégaux a pour fief historique les questions d'égalité sexuelle (a). Elle tend aujourd'hui à être étendue à de nouveaux domaines (b).

---

520. Crim. 6 avril 1993, Bull. crim. n° 148

521. Crim. 6 octobre 1992, Bull. crim. n° 305

522. Soc., 16 avril 1996, Sietam, Bull. civ. V, n° 165 ; Soc., 17 juin 1997, Bull. civ. V, n° 223

523. Soc., 3 décembre 1996, *Framatome*, et *Majorette*, Bull. civ. V, n°411 ; Dr. soc. 1997 p. 18, Rapp. P. Waquet ; RJS 1997, p. 12, concl. P. Lyon-Caen

524. Soc., 12 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 17

525. M. Cohen, op. cit., p. 555

a)Le territoire des discriminations sexuelles

187. Un principe ou des règles ?

Le principe d'égalité de traitement est aujourd'hui reconnu comme l'un des principes fondamentaux du droit communautaire[526]. Certains ont cependant émis des doutes sur la pertinence du terme « *principe* » : l'intervention du droit social européen reste strictement délimité par les normes issues du Traité ou des directives[527]. La détermination du champ d'application de l'exigence de justification exige donc de préciser les questions auxquelles s'appliquent les règles sur l'égalité de traitement.

188. Égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale

Le domaine de l'égalité de traitement est circonscrit dans le droit communautaire par les directives relatives à l'égalité. Le domaine pionnier est celui de l'égalité des rémunérations. Le Traité[528], complété par la directive n° 75/117[529] impose que soit accordée une rémunération égale entre les hommes et les femmes pour un travail de même valeur. La directive a ajouté que les systèmes de classification, lorsqu'ils existent, doivent être exclusifs de toute discrimination fondée sur le sexe, et utiliser des « *critères communs aux travailleurs masculins et féminins* ».

La notion de rémunération visée dans ces règles doit recevoir une acception large. Elle désigne, selon l'article 141 CE, « *le salaire,* […] *et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* ». La Cour de justice en a déduit que pouvaient être considérés comme une rémunération, des avantages reçus postérieurement à la rupture du contrat de travail, tels les indemnités de licenciement, ou les avantages issus d'un régime de retraite d'entreprise[530]. En revanche, les régimes légaux ou interprofessionnels de retraite ne sont pas considérés comme des rémunérations[531].

En ce qui concerne la méthode de comparaison, l'arrêt *Barber* a précisé que la comparaison des rémunérations devait s'effectuer pour chaque élément de cette dernière, et non de manière globale[532].

Il ne suffit pas que l'employeur ait octroyé une rémunération différente pour qu'il soit contraint de justifier ses choix. Les salariés doivent encore être placés dans une situation identique. Le Traité n'évoque l'égalité de rémunération que pour un « *même travail* ». La directive 75/117 a étendu l'application du principe au travail de

---

526. Cf. CJCE 15 juin 1978, *Defrenne* III, aff. 149/77, Rec. p. 1365 adde CJCE 30 avril 1996, *P. c/ S. et Cornwall County council*, Aff. C-13/94, Rec. p. 2143, point 19

527. Cf. B. Hepple, *Equality and discrimination, prec., Liber Amicorum Lord Wedderburn*, p. 237

528. Article 141 CE (Ex. article 119)

529. Directive n° 75/117 CE du 10 février 1975 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes

530. CJCE 17 mai 1990, Aff. C-262/88, *Barber*, Rec. p. 1889 ; CJCE 17 février 1993, C-173/91, *Commission c/ Belgique*, Rec. p. 693.

531. Cf. Arrêt *Defrenne* I, CJCE 25 mai 1971, Aff. 80/90, Rec. p. 445. Pour une étude complète de la jurisprudence en la matière : voir *Commentaire Megret*, prec. n°40-43

532. CJCE 17 mai 1990, *D. Harvey Barber*, aff. C-262/88, Rec. p. 1944 ; pour une application aux questions de réduction et d'aménagement du temps de travail, cf. CJCE 30 mars 2000, aff. C-236/98 *Jämställdhetsonbudsmannen c/ Orebro läns Landsting* (non encore publié)

« *valeur égale* »[533]. Cette assimilation est importante, car elle permet d'appliquer le principe de l'égalité de traitement aux professions occupées exclusivement ou presque exclusivement par des salariés de l'un des deux sexes. La division sexuelle du travail et des responsabilités est un facteur important de discrimination. Les juridictions peuvent alors être amenées à se poser des questions aussi délicates que celle de la comparaison entre un emploi d'orthophoniste et un emploi de pharmacien[534], ou celui de sage femme et d'ingénieur de clinique[535], ou encore entre des emplois de psychothérapeutes ayant pour les uns une formation médicale et pour les autres une formation en psychologie[536].

La Cour n'a pas pris position sur le fond de ces questions, et s'est contentée de renvoyer à la compétence des juridictions nationales pour déterminer si de telles activités sont de valeur égale. Elle n'a pas non plus fourni la grammaire qui permettrait d'opérer une telle comparaison. Il résulte de la logique de l'ensemble du dispositif que le salarié peut ici se contenter d'invoquer une telle égalité de valeur, et qu'il appartient ensuite à l'employeur de montrer, parmi les facteurs objectifs de justification que les activités n'ont pas la même valeur. Une méthode de comparaison a été proposée dans le Code de conduite concernant l'application de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes pour un travail de valeur égale[537]. Ce Code n'a cependant pas de valeur normative, et ne fournit pas un modèle de comparaison. Il est davantage destiné à éclairer les partenaires sociaux dans les négociations sur les questions d'égalité.

189. Égalité des conditions d'emploi

Le droit communautaire n'impose pas seulement l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes effectuant un travail de même valeur. Il exige que cette égalité se réalise pour l'ensemble des conditions d'emploi. L'extension du champ de l'égalité à ces questions ne pouvait se fonder sur l'article 119 (aujourd'hui 141 CE) du Traité, limité aux seules questions de rémunération. Le Conseil s'est donc fondé sur l'article 235 (aujourd'hui 308 CE) pour édicter la directive 76/207 du 9 février 1976. Cet article autorise le Conseil à prendre toute mesure nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté. Il convient de préciser que ces règles sont en principe dépourvues d'effet horizontal direct au profit des particuliers : elles n'obligent directement que les États[538].

---

533. La Cour considère cependant que cette notion de travail de valeur égale n'est qu'une interprétation de l'article 119. Elle reçoit donc un effet direct et horizontal. Cf. CJCE *Whorringham et Humphrey*, 11 mars 1981, Aff. 69/80, Rec. p. 767, point 21

534. Arrêt *Enderby*, prec.

535. Arrêt *Jämställdhetsombudsmannen*, prec.

536. CJCE 11 mai 1999, Aff. C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, Rec., p. 2865)

537. COM(96) 33 final du 17 juillet 1996, LS, Législation sociale n° 7515 du 21/08/1996

538. La jurisprudence ne peut se baser sur le Traité pour conférer un effet direct à ces dispositions. La jurisprudence a cependant tout fait pour leur donner un tel effet. Elle impose aux juridictions d'interpréter les droits nationaux à la lumière de la jurisprudence communautaire (L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt *Murphy* CJCE 4 février 1988, aff 157/86, rec. p. 673. Voir encore l'arrêt *Von Colson*, prec., Rec. 1984, p. 1891 ; CJCE 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Rec. p. 3225). Il convient enfin de remarquer que les effets du droit communautaire sont surtout imposés par la force de l'argumentation de la Cour de justice en matière d'égalité. Elle a réussi à imposer aux droits nationaux sa philosophie et ses outils d'analyse de l'égalité.

La directive 76/207, complétée et modifiée par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 a pour objet « *l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail* ». Son objet est donc particulièrement large, d'autant que les conditions de travail englobent des questions telles que les conditions de licenciement.

Il résulte de la formulation de la directive que l'ensemble des aspects de la relation de travail sont soumis au principe de non discrimination : accès à l'emploi, formation, promotion, conditions de travail et d'emploi, cessation de la relation de travail[539].

190. Exigence de justification en présence de discriminations indirectes

Tant en matière de rémunération que de conditions d'emploi, l'exigence de justification s'est imposée en présence de discriminations indirectes[540]. La Cour a dégagé le principe selon lequel l'employeur a l'obligation de justifier par des raisons objectives les situations dans lesquelles une mesure d'apparence neutre conduit à défavoriser un plus grand nombre de femmes que d'hommes.

Le régime applicable aux discriminations indirectes a été rappelé par la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Cette directive fixe un régime unique pour les discriminations sexuelles indirectes, que celles-ci relèvent de l'article 119, de la directive 75/117/CEE, ou de la directive 76/207/CEE. La directive n'a cependant introduit aucune évolution au regard de l'interprétation donnée par la jurisprudence des textes existants. La discrimination indirecte est caractérisée lorsque « *une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* »[541]. La directive précise également que la preuve des discriminations indirectes doit être facilitée. En présence de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, il appartient à la partie défenderesse de prouver l'absence de violation du principe de l'égalité de traitement.

La directive permet donc de préciser le champ de l'impératif de justification en matière d'égalité sexuelle. Dans le domaine couvert par les directives 76/207/CEE et 75/117/CEE, c'est-à-dire pour l'ensemble des situations nées de la relation d'emploi, il appartient à l'employeur de justifier les différences de situation entre les hommes et les femmes lorsque le salarié peut établir une discrimination apparente[542].

L'exigence de justification des mesures discriminatoires n'a jusqu'ici concerné que les discriminations liées au sexe de la personne. De nouveaux domaines seront concernés par cette exigence.

---

539. Sont cependant exclues les règles sur la mise à la retraite, régies par la directive 79/7 CEE du 19 décembre 1978, qui autorise d'importantes dérogations au principe de l'égalité de traitement

540. La notion de discrimination indirecte était à l'origine inscrite dans la directive 76/207 qui interdit les discriminations indirectes, notamment lorsqu'elles sont fondées sur l'état matrimonial ou familial (article 2-1)

541. On remarquera que le souci du genre est poussé jusqu'à méconnaître les règles d'accord de la grammaire française qui ne tolère que faiblement le "(e)" !

542. Sur les règles de preuve applicables aux discriminations indirectes, voir infra, n° 297

b) Les nouveaux horizons du droit de l'égalité

191. Extension du domaine de l'égalité

Le renforcement de la construction de l'Union européenne consécutif à la conclusion des Traités de Maastricht et d'Amsterdam conduit à un développement des règles du droit social européen. Le moteur de la construction de ce droit demeure l'égalité de traitement. L'action entreprise en matière de discrimination sexuelle est poursuivie. Le Traité comporte en outre des stipulations importantes ouvrant la voie à une action communautaire visant à lutter contre d'autres formes de discriminations. Ces dernières peuvent être liées à « *la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* » (Article 13 CE). Ces dispositions sont appelées à être renforcées par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que par les projets constitutionnels européens. L'égalité est inscrite dans la Charte comme le troisième principe fondamental, après la dignité et la liberté. L'article 21 est consacré à la non-discrimination et propose une large liste des distinctions prohibées[543]. L'article 23 est consacré spécifiquement aux discriminations sexuelles. Il impose le principe d'une égalité concrète en reconnaissant que « *l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines* ». Le Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe[544] a inscrit l'égalité et les discriminations dans les valeurs de l'Union (article 2), et le combat contre les discriminations –sans énoncer les chefs de distinction prohibés- parmi les objectifs de l'Union (article 3).

Ces règles et ces objectifs montrent une claire volonté d'approfondir la construction européenne par une protection croissante de l'égalité. Elle se réalise par l'extension des chefs de discrimination prohibés (α). Cette dernière conduit à s'interroger sur la reconnaissance d'un principe général d'égalité (β).

α) L'extension des chefs de discrimination prohibés

192. Discriminations raciales : la Directive n° 2000/43/CE

La lutte contre les discriminations raciales et ethniques semble devenir une nouvelle priorité de l'action communautaire en droit social. L'article 13 CE confie au Conseil, statuant à l'unanimité, la mission de « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur (...) la race ou l'origine ethnique* ». La Communauté européenne a déjà promu en la matière des programmes

543. Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne :

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

544. Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, adopté par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003, Conv. 850/03

d'action non réglementaires[545]. Cette action est justifiée tant par un souci d'assurer un fonctionnement optimum du marché commun, que par celui de promouvoir les droits fondamentaux des citoyens de l'Union.

Une étape importante a été franchie avec l'adoption de la Directive n°2000/43/CE relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique[546]. Cette directive étend l'exigence de justification à toutes les questions d'inégalité de traitement raciales. Le texte projette d'éliminer « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique* » (article 2-1). Dans ce cadre, il est précisé qu'une discrimination indirecte « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ».

Cette règle transpose donc le mécanisme des discriminations indirectes aux questions de discrimination raciale. La définition de la discrimination et les règles de preuve ont été copiées sur celles énoncées par la directive n° 97/80.

Ces dispositions ont été transposées dans le droit français par la loi du 16 novembre 2001, qui permet d'appliquer le mécanisme des discriminations indirectes aux discriminations raciales et ethniques. Elle impose à l'employeur, en présence d'une discrimination apparente, de « *prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

193. Autres discriminations prohibées : la Directive 2000/78 CE et article L. 122-45 C. Trav.

Les dispositions de l'article 13 du Traité CE a également permis l'adoption d'instruments concernant d'autres formes de discrimination : celles qui concernent la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Sur la base de ce texte, le Conseil a adopté la directive 2000/78 du 27 novembre 2000[547], qui a défini un cadre général de en faveur de l'égalité de traitement. Elle définit les règles applicables à la lutte contre les discriminations fondées sur « *la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail* ». Ce texte introduit dans le droit communautaire un régime juridique permettant de lutter contre ces différentes formes de discrimination, en lui appliquant notamment la lutte contre les formes indirectes de discrimination. Celles-ci sont définies en des termes identiques à ceux employés en matière raciale et

545. *Communication de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l'antis*émitisme, de décembre 1995, COM(95)653 final ; *Action commune contre le racisme et la xénophobie* du Conseil du 15 juillet 1996 (JO L 185, du 14 juillet 1996 ; voir également les tentatives d'analyse économique du droit de l'égalité : Commission Européenne, Emploi et affaires sociales, Coûts et avantages de la diversité, 2003.

546. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE n° L 180 du 19/07/2000 p. 22 ; Voir pour une analyse des règles du droit britannique, dont les règles sont assez proches de celles adoptées ici, C. McCrudden, *Racial discrimination*, in C. McCrudden et G.A. Chambers (dir), *Individual rights and the law in Britain*, Clarendon Press, 1994, p. 409

547. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

ethnique . Le nouveau dispositif est complété par un aménagement des règles de preuve, qui impose à l'employeur de prouver l'absence de violation du principe de l'égalité de traitement lorsque la personne a établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (article 9). Cette directive a cependant pour particularité d'admettre un nombre d'exceptions importantes aux prohibitions qu'elle énonce, en admettant en des termes très larges des distinctions, lorsque celles-ci sont fondées sur des exigences professionnelles essentielles (article 3). Elle reconnaît par ailleurs une liste d'exceptions importantes à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, qui permet de maintenir les différenciations fondées sur l'âge entre les bénéficiaires des politiques de l'emploi.

L'article L. 122-45, modifié par la loi du 16 novembre 2001 a permis d'allonger la liste des motifs prohibés de discrimination en ajoutant l'âge, l'orientation sexuelle, l'apparence physique et le patronyme. La loi du 4 mars 2002 a ajouté à cette liste les caractéristiques génétiques. La loi du 16 novembre 2001 a par ailleurs défini un régime unique applicable aux différents cas de discrimination, et elle a introduit dans le droit français la notion de discrimination indirecte.

Les différents textes adoptés au niveau communautaire et national ont donc profondément modifié les règles applicables aux discriminations. La portée exacte de ces dispositions demeure cependant incertaine sur de nombreux points. Le sens exact des dispositions communautaires demeure à préciser, en particulier les dispositions relatives aux exigences professionnelles essentielles. La question se pose également de savoir si la France a exactement transposé ces textes. La protection des seules convictions religieuses alors que la directive vise de façon générale la religion pose la question du statut juridique des pratiques religieuses dans l'entreprise. Il semble en outre que la transposition française, en permettant à la fois la justification des discriminations directes et des discriminations indirectes méconnaît le droit communautaire, qui n'admet pas de justification pour les discriminations directes[548].

La multiplication des chefs de discrimination prohibés pose aujourd'hui la question de savoir si le droit positif reconnaît un principe général d'égalité permettant de lutter contre toutes les formes de discrimination.

β) Développement d'un principe général d'égalité

194. Proclamation d'un principe général d'égalité dans le droit communautaire

Les développements du droit communautaire sont marqués par la reconnaissance d'un principe général d'égalité. Un tel principe ne figure pas expressément dans le Traité, mais il a été dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice comme un principe fondamental du droit communautaire[549]. Selon cette dernière, ce principe « *exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* »[550]. Ce

548. Voir supra n° 151

549. CJCE 19 octobre 1977, Moulins Pont-à-Mousson / ONIC, n° 124/76, Rec.1977, p.1795 ; CJCE 19 octobre 1977, Ruckdeschel e.a. / Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, n°117/76 Rec.1977, p.1753. Sur l'analyse de cette jurisprudence, voir S. Robin-Olivier, prec. p.332

550. Voir en dernier, pour des questions de concurrence, CJCE 9 septembre 2003, Aff. C-137/00,

principe peut donc être compris comme un principe d'égalité devant la règle : l'ordre juridique interdit des différenciations arbitraires dans la détermination des destinataires d'une règle. Il est appliqué en matière sociale, notamment pour la prohibition des différences de rémunération entre les hommes et les femmes pour un travail d'égale valeur[551]. La portée juridique de la reconnaissance d'un tel principe n'est cependant pas clairement perceptible, car en matière sociale, la Cour de justice s'est contentée de l'appliquer à des cas de discrimination sexuelle, qui étaient déjà protégés par des règles issues des Traités ou du droit dérivé. En d'autres termes, la proclamation du principe n'a servi qu'à justifier la fermeté de la position de la Cour de justice en matière d'égalité, sans vraiment favoriser l'émergence de règles nouvelles.

La promotion des textes nouveaux sur l'égalité incitera-t-elle la Cour de justice à davantage de créativité ? La rédaction du Projet de Constitution pour l'Europe et la Charte des droits fondamentaux qui lui est intégrée laisse place à la reconnaissance d'un principe général d'égalité dans les textes constitutifs, bien que la Convention européenne n'en ait pas proposé une proclamation explicite. Le projet de Constitution n'inscrit l'égalité que comme une valeur de l'Union et comme un objectif : elle n'institue pas un régime juridique directement applicable dans le droit. La valeur des droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne demeure énigmatique, l'article 51 de ce texte énonçant que ses dispositions « *s'adressent* » aux institutions organes et agences de l'Union ainsi qu'aux « *États lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». La formule peut se prêter à des interprétations contradictoires. Le Tribunal de première instance a pour sa part considéré que la Charte « *bien que n'étant pas dotée de force juridique contraignante, démontre l'importance, dans l'ordre juridique communautaire, des droits qu'elle énonce* »[552]. Ces dispositions sont ainsi considérées comme dépourvues de portée normative directe, mais elles constitueraient des principes guidant l'interprétation des normes communautaires.

La question de la reconnaissance d'un principe général d'égalité emporte, en matière sociale, deux enjeux importants. Le premier est celui de l'interprétation des textes de droit dérivé. Le sens qui sera donné aux directives ne sera pas le même selon que l'on reconnaît que ces textes délimitent les règles communautaires ou qu'ils ne sont que l'illustration d'un principe plus général protégé par le droit communautaire. L'interprétation plus ou moins libérale des dispositions de la directives 2000/78 relatives aux exigences professionnelles essentielles dépend de ces considérations. La question se posera également de savoir si les règles communautaires s'appliquent aux seuls chefs de discrimination prohibés ou si elles peuvent, en application d'un principe supérieur s'appliquer à des motifs discriminatoires non énoncés dans les textes de droit dérivé. Les discriminations en raison de l'état de santé, des origines sociales, de la naissance, des caractéristiques

---

Milk Marque et National Farmers' Union point 126 et CJCE 6 mars 2003, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann GmbH & Co . KG c/ Bezirksregierung Hannover , Aff. C-14/01, point 49

551. CJCE 8 avril 1976, Defrenne II, aff. 43/75, Rec. p. 455, point 12 ; CJCE 30 mars 2000, JämO, C-236/98, Rec. p. I-2189, point 36 ; CJCE 26 juin 2001, Brunnhofer, Aff. C-381/99, point 12 **;**

552. Trib. de première instance (deuxième chambre élargie) 15 janvier 2003 affaires jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, Philip Morris International, Inc et alii. (sur le droit à un recours effectif pour les droits et libertés garantis par le droit de l'Union.

génétiques, de l'apparence physique, des pratiques sociales diverses sont-elles soumises au droit communautaire ? Seule la reconnaissance de la portée positive d'un principe général d'égalité permettrait de les protéger.

Le second enjeu est celui de l'application directe ou non des règles sur l'égalité. La Cour de justice considère que les directives ne peuvent recevoir d'effet direct horizontal. Elles ne peuvent produire d'effet direct que vertical, à l'égard des États, mais elles ne sauraient créer de droits subjectifs à l'égard des justiciables. Elle a pourtant reconnu que le principe d'égalité de rémunération entre les salariés féminins et masculins pouvait recevoir une application directe en raison de son inscription dans le Traité[553]. L'article 13 du Traité CE ne créé pas directement de droits au profit des particuliers en ce qui concerne les discriminations fondées sur la race, l'âge ou l'orientation sexuelle. Il se limite à donner compétence au Conseil à agir en ce domaine. Une protection accrue des droits des citoyens de l'Union exigerait l'admission de l'effet direct horizontal aux règles des directives qui trouvent un fondement dans les principes fondamentaux du droit communautaire. La Cour de justice a jusqu'ici refusé d'admettre un tel mécanisme[554]. Le renforcement de la protection des droits fondamentaux induit par la Charte des droits fondamentaux et l'adoption probable d'une Constitution européenne ne peut que plaider en faveur de l'admission d'un tel principe.

195. Principe général de non-discrimination en droit français

La place d'un principe général d'égalité est aussi incertaine dans le droit français que dans le droit communautaire. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation a ainsi accepté d'appliquer l'exigence d'une rémunération égale pour des salariés effectuant un travail comparable, alors que les salariés étaient du même sexe. La Cour a considéré que l'exigence d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est « *une application de la règle plus générale* 'à travail égal, salaire égal' »[555]. La Cour de cassation ne se réfère pas à un principe général d'égalité de traitement. Elle découvre une règle d'égalité de rémunération qui serait implicitement inscrite dans le Code du travail. Cette décision constitue cependant une évolution vers la reconnaissance d'un principe général d'égalité de traitement. Ce dernier exige que les situations identiques soient traitées de manière identique ; son corollaire est celui d'une différenciation du traitement des situations distinctes. Il n'y a pas lieu de limiter la question à la seule égalité salariale : l'ensemble des relations de travail devrait être irrigué par un tel principe. Son application exige de l'employeur qu'il justifie toute différenciation de traitement entre des situations en apparence identiques.

196. Effectivité de ces règles

Il est vrai que la reconnaissance d'un principe général d'égalité de traitement en tant que droit subjectif reconnu individuellement aux salariés a une portée relative. L'expérience prouve que ce type de règle n'est pas suffisant pour corriger les

553. CJCE Defrenne II, prec. n°39

554. F. Baron, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, PUAM 1998, n° 475

555. Soc., 29 octobre 1996, *Ponsolle*, Bull. civ. V, n° 359, D. 1998, somm. 259, obs. M.T. Lanquetin, Dr. soc. 1996, 1013, note A. Lyon-Caen

inégalités structurelles qui règnent sur le marché du travail entre les différents groupes sociaux[556].

La correction des inégalités concrètes exige sans doute une approche plus collective des inégalités de traitement. Le droit communautaire est resté sur ce plan timide. En matière d'égalité sexuelle, le rôle dévolu aux partenaires sociaux demeure modeste. Il est vrai que le développement de telles règles est malaisé, car il exige la reconnaissance d'acteurs capables de défendre les intérêts des différents groupes défavorisés sur le marché du travail. Les organisations syndicales, marquées par une forte culture industrielle, étaient traditionnellement mal placées pour jouer un tel rôle. En matière de discrimination sexuelle, en particulier, la défense d'un modèle d'emploi industriel masculin, les conduisait le plus souvent à maintenir les femmes dans la sphère domestique[557]. Aussi les premiers instruments développés par le droit social communautaire ont-ils montré une certaine méfiance à l'égard des partenaires sociaux, lorsqu'ils ont précisé que les discriminations instituées par les conventions collectives devaient être éliminées[558]. La Cour de justice des Communautés européennes n'a pas hésité à qualifier de discriminations des différences de traitement trouvant leur source dans des conventions collectives[559] Tout au plus l'attribution d'un rôle d'information sur les règles d'égalité est-il attribué en filigrane aux institutions représentatives du personnel[560]. Les récents textes communautaires sur l'égalité ont confié un rôle aux institutions représentatives du personnel en matière d'égalité. Les programmes d'action positive en faveur des femmes incitent les partenaires sociaux à promouvoir les actions positives[561]. La directive fixant le cadre général en faveur de l'égalité de traitement confère aux partenaires sociaux deux missions : surveiller les pratiques sur les lieux de travail et négocier afin de lutter contre les discriminations[562]. En droit français, la loi du 16 novembre 2001 a reconnu aux syndicats représentatifs et à certaines association un droit d'action en substitution des salariés victimes de discriminations. Sans dénier l'utilité d'un tel dispositif, il convient de noter que cette forme d'action en justice est en pratique peu utilisée par les syndicats.

La conception renouvelée de la lutte contre les discriminations qu'impose le droit communautaire exige que de telles règles, et surtout de telles pratiques, se développent. L'attribution de droits individuels n'a jusqu'ici que très faiblement contribué à corriger les inégalités sur le marché du travail[563]. L'exigence d'une

556. Cf. B. Hepple, Mel. Wedderburn, prec. p. 253 sqq.

557. Cf. A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, p. 238 sqq.

558. Cf. Directive 76/207, articles 3, 4, et 5 ; Directive 75/117, article 4

559. Cf. CJCE Enderby, prec.

560. Les directives 76/207 (article 8) et 75/117 (article 7) prévoient une information sur les lieux de travail sur les règles d'égalité promues dans ces directives, sans préciser le rôle que peuvent prendre en la matière les institutions représentatives du personnel.

561. Cf Recommandation n° 84/635 CEE du Conseil du 13 décembre 1984, art. 7

562. Article 12 de la directive 2000/78/CE :

« *1. Les États membres prennent les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite, la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques.*

2. Les États membres encouragent les partenaires sociaux à conclure, au niveau approprié, y compris celui de l'entreprise, des accords établissant des règles de non-discrimination (...) ».

563. Cf. B. Hepple, prec.

égalité concrète impose un développement des prérogatives collectives pour que soient corrigées les inégalités. Le développement d'une exigence de justification à un niveau collectif contribuerait sans doute à un tel objectif.

197. L'égalité est un domaine dans lequel l'exigence de justification contribue aux évolutions les plus importantes du droit social contemporain. Elle exige que la plupart des choix du chef d'entreprise soient basés sur des critères objectifs que le chef d'entreprise doit porter à la connaissance des destinataires et des tiers. L'extension de cette exigence est telle qu'on pourrait croire qu'elle devient un principe général dans le droit : tout choix patronal devrait être justifié. Une telle conception serait cependant erronée : le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'employeur demeure fort important dans le droit du travail français.

§2. LE DOMAINE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'EMPLOYEUR

198. Subordination ordinaire

Le domaine étendu de l'impératif de justification n'a pas éliminé le pouvoir discrétionnaire du chef d'entreprise. Sans doute ce pouvoir est-il devenu moins visible depuis quelques années. Il ne faut pas s'en étonner. L'impératif de justification est destiné à rendre effectif le contrôle du pouvoir patronal. Il n'est donc pas surprenant que la partie apparente du contentieux soit pour l'essentiel constituée par le contrôle des justifications. Le pouvoir discrétionnaire échappant par nature à toute contestation, il n'est pas étonnant que la jurisprudence n'en fasse pas écho. L'acte discrétionnaire est par nature un acte discret.

Le pouvoir discrétionnaire garde cependant une grande importance à la fois quantitative et qualitative. Les actes discrétionnaires sont peut-être des actes qui symbolisent moins l'expression d'un pouvoir que ne le font les sanctions ou les licenciements. Ainsi que le note fort justement Perelman, seuls des actes contestés font l'objet de justification[564]. Un acte qui semble *normal* n'exige aucune justification. Tout ce qui fait l'objet de la subordination ordinaire échappe ainsi à toute justification : manière d'exécuter le travail, conditions matérielles d'exercice du travail, ordres d'un supérieur hiérarchique… Il convient d'ajouter à cette liste tous les actes juridiques qui ne nuisent pas aux intérêts du salarié : paiement du salaire, certificat de travail, promesse d'embauche, etc. Dès lors qu'il ne sanctionne pas le salarié, qu'il ne le licencie pas ou qu'il ne lui fait pas subir de manière trop ostensible des discriminations, l'employeur est libre de l'essentiel de ses choix. Il n'est plus vraiment de prérogative de l'employeur qui soit totalement discrétionnaire dans le droit contemporain. L'abandon de la doctrine de l'employeur seul juge laisse place à une palette de nuances variées dans le contrôle. Les différents domaines étudiés ont cependant tous en commun de limiter le contrôle des justifications, et de laisser à l'employeur une plus grande liberté dans les choix qu'il effectue.

Cette liberté est reconnue au chef d'entreprise de manière explicite dans certains domaines (A). Le pouvoir discrétionnaire est également reconnu au chef d'entreprise lorsqu'il bénéficie d'une habilitation normative (B).

564. C. Perelman, cité supra note 41

A. RECONNAISSANCE DE LA LIBERTÉ DE GESTION DU CHEF D'ENTREPRISE.

199. Principe de la liberté d'entreprendre

Le principe d'une régulation marchande de la sphère productive impose la reconnaissance du principe de la liberté d'entreprendre. Celle-ci est reconnue, tant dans l'ordre juridique français que dans le droit communautaire[565]. Le plus souvent, cette liberté concerne des droits patrimoniaux du chef d'entreprise (liberté d'établissement, liberté de circulation des capitaux et des marchandises) (1). Ce principe justifie en outre la reconnaissance d'une liberté d'agir du chef d'entreprise, à moins que le législateur n'en ait disposé autrement pour des questions de politique sociale[566]. Cette liberté fonde par conséquent la discrétion du pouvoir patronal pour tous les actes ponctuels de gestion du personnel (2), ainsi que le principe du libre choix des collaborateurs (3).

1. Liberté des actes de nature purement patrimoniale

200. Droit de propriété

M. Savatier a montré l'importance conservée par le droit de propriété dans les rapports de travail[567]. Le chef d'entreprise cumule entre ses mains un pouvoir sur les hommes et un pouvoir sur les biens de l'entreprise. Ce dernier demeure conçu comme un pouvoir absolu[568]. Le contrôle judiciaire de son exercice est par nature restreint.

Dans ses rapports avec les salariés, l'employeur peut opposer la souveraineté de ses prérogatives de propriétaire. Le chef d'entreprise peut par exemple réserver l'entrée de l'entreprise aux seules personnes qu'il détermine. Seules quelques dispositions exceptionnelles permettent d'assurer la libre circulation de certaines personnes[569]. La jurisprudence a rappelé à maintes reprises le pouvoir du chef d'entreprise de s'opposer à toute intrusion de personnes extérieures à l'entreprise dans l'enceinte de celle-ci. Les dispositions du Code du travail relatives à l'invitation de personnes extérieures à l'entreprise par les représentants syndicaux circonscrivent étroitement cette faculté[570].

La libre détermination des personnes habilitées à pénétrer dans l'entreprise offre également de larges prérogatives au chef d'entreprise en matière de mise à pied conservatoire. Le chef d'entreprise peut, préalablement à tout licenciement, mettre à pied un salarié, et lui interdire ainsi de pénétrer dans l'entreprise. L'employeur ne se voit pas même imposer l'obligation de précéder cette mesure d'un entretien avec le

---

565. Cf. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 97 sq.

566. Cons. const. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC: D. 1989, J, p. 269, note F. Luchaire ; Dr. soc. 1988, p. 755, note X. Prétot.

567. J. Savatier, *Pouvoir patrimonial et direction des personnes*, DS 1982, p. 1

568. Cf. Article 544 du Code civil

569. Voir L. 434-1, L. 424-3 et L. 412-17 sur la libre circulation dans l'entreprise des représentants du personnel ; L. 434-6 alinéa 5 pour les experts comptables et les experts en nouvelle technologie

570. Cf. L. 412-10 C. trav. Les sections syndicales peuvent inviter des personnalités syndicales extérieures à l'entreprise dans le local réservé à la section. L'invitation de toute autre personnalité requiert l'accord du chef d'entreprise Voir J.M. *Verdier, Syndicats et droit syndical*, Tome 2, n° 113

salarié[571]. Ce pouvoir de l'employeur n'est reconnu par aucune règle du Code du travail. Elle trouve vraisemblablement son origine dans le droit de propriété.

La souveraineté du pouvoir du propriétaire sur les biens de l'entreprise est enfin reconnue dans les règles sur la fermeture temporaire de l'entreprise consécutive à un mouvement collectif. Il convient de relever les progrès de la jurisprudence sur ces questions, notamment en ce qui concerne le paiement des salaires des non grévistes[572]. La jurisprudence continue cependant de protéger le droit pour le chef d'entreprise de fermer l'entreprise lorsque le mouvement porte atteinte à son droit de propriété. La jurisprudence a ainsi reconnu que l'employeur avait non seulement le pouvoir, mais le devoir de fermer son entreprise lorsque le mouvement risquait de porter atteinte à la sécurité et à l'ordre dans l'entreprise[573]. Les pouvoirs du chef d'entreprise sont donc en dernier ressort fondés sur la responsabilité du chef d'entreprise, corollaire du droit de propriété de ce dernier. Le droit de propriété fonde enfin la possibilité pour le chef d'entreprise de demander en référé l'expulsion des grévistes des locaux de l'entreprise[574].

201. Les limites au caractère souverain du pouvoir patrimonial

Les prérogatives tirées du droit de propriété n'ont donc nullement à être justifiées. Il convient cependant de préciser qu'en dehors de la question très particulière de l'occupation des locaux de travail, la souveraineté du pouvoir patrimonial tend à céder du terrain face au contrôle judiciaire des actes patronaux. La liberté du pouvoir du propriétaire s'efface donc devant les responsabilités de l'employeur. Lorsque l'acte est de nature purement patrimoniale, il ne fait pas de doute qu'il échappe à tout contrôle. Une simple cession d'actions, par exemple, ne requiert aucune justification devant le comité d'entreprise. Dès lors que la décision est susceptible d'avoir des effets à l'égard des salariés, l'employeur est tenu de justifier ses choix. La rupture du droit contemporain avec la jurisprudence *Brinon*[575] est sur ce point complète. L'employeur ne pourrait baser la légitimité de son choix sur son seul pouvoir de propriétaire. Il devrait montrer que la cause du licenciement peut répondre aux éléments de la définition de l'article L. 321-1 du Code du travail[576].

202. Incertitudes sur la place de la liberté d'entreprendre

Le développement du contrôle du pouvoir de l'employeur au nom d'une protection des droits et libertés des salariés a longtemps été reconnu comme un choix législatif incontestable, relayé par une politique jurisprudentielle audacieuse. Le Conseil constitutionnel a marqué sa volonté de poser des limites à ce mouvement en reconnaissant à la liberté d'entreprendre une place croissante au sein des principes dont il assure la protection. Cette liberté n'est inscrite ni dans la

571. Soc., 26 novembre 1987, Bull. civ. V, nº 686

572. La jurisprudence assimile le lock out à une inexécution fautive des obligations contractuelles. Seule la force majeure permet d'exonérer l'employeur d'exécuter son obligation de paiement des salaires. Cette preuve incombe au chef d'entreprise. Soc., 7 février 1990, Bull. civ. V, nº 42

573. Soc., 2 décembre 1964, D. 1965, J. p. 112, note G. Lyon-Caen ; JCP 1965, II, 14098, note A. Brun. Voir dans le même sens ultérieurement, Soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, nº131

574. Voir F. Zénati, *Propriété et occupation des locaux d'entreprise*, Annales ITL, XIV, 1976, p.35 ; Y. Saint Jours, D. 1974, chr., p. 135 ; J. Savatier, *L'occupation des lieux de travail*, Dr. Soc. 1988, p. 655.

575. Soc., 31 mai 1956, D. 1958, J., p. 1, note Levasseur

576. Cf infra n° 402 sqq.

Constitution ni dans son Préambule. Le Conseil constitutionnel considère cependant depuis 1982[577] qu'elle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La liberté d'entreprendre n'est pas absolue : le législateur peut la restreindre, pourvu que les limites soient justifiées par des exigences constitutionnelles ou par l'intérêt général[578]. Les décisions ultérieures du Conseil ont peu à peu affermi la protection offerte à la liberté d'entreprendre. Les premières décisions ont retenu que le contrôle était limité à la dénaturation : le Conseil vérifiait uniquement que la loi déférée ne portait pas une atteinte telle à la liberté d'entreprendre qu'elle en dénature la portée ou qu'elle la remet en cause[579]. Les décisions ultérieures renforceront ce contrôle en imposant le respect d'un principe de proportionnalité : la loi ne doit pas limiter la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif poursuivi[580].

Le Conseil constitutionnel a franchi un pas supplémentaire dans sa décision relative à la Loi de modernisation sociale[581]. Le Conseil a considéré dans cette décision que la nouvelle définition du motif économique de licenciement proposée par l'article 107 de la Loi emportait un « *cumul de contraintes […] sur la gestion de l'entreprise* », portant une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre. Cette motivation est inquiétante pour l'avenir du droit du travail, car elle restreint sensiblement le pouvoir du Parlement en la matière, toute loi sociale pouvant être par nature assimilée à un cumul de contraintes pour l'entreprise[582]. Cette décision écarte donc tout contrôle judiciaire qui serait perçu comme une contrainte excessive pour les entreprises. Au rang de telles contraintes, le Conseil a rangé l'impossibilité de justifier un licenciement pour fermeture de l'entreprise (point 47). Le Conseil semble indiquer que le droit de l'entrepreneur en la matière doit rester discrétionnaire. La portée de cette décision demeure incertaine. A suivre sa motivation, elle restreint la possibilité d'un contrôle judiciaire trop ferme des pouvoirs de l'entrepreneur : le pouvoir du législateur en la matière serait désormais sous haute surveillance. Des décisions ultérieures du Conseil semblent d'ailleurs confirmer la place éminente désormais occupée par la liberté d'entreprendre dans l'ordre constitutionnel. Une décision du 31 juillet 2003 l'érige au rang de principe constitutionnel au même titre que le droit de propriété, alors que les décisions antérieurs le faisaient simplement découler de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[583]. La signification exacte de ce principe demeure

577. Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, DC 81-132, L. Favoreu et L. Philip, Grandes décisions du Conseil constitutionnel, 10e édition, Dalloz, 1999, n°31

578. DC 98-401 du 10 juin 1998, point 26

579. Cf. Sur la réduction du temps de travail, Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, DC 98-401 et 13 janvier 2000, DC 99-426 ; sur cette jurisprudence, voir L. Favoreu et alii, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 2e édition, 2002, n° 278

580. DC 2000-433 du 27 juillet 2000 (liberté de communication) ; 2000-436 du 7 décembre 2000 (Solidarité et renouvellement urbain), DC 2000-439 du 16 janvier 2001, DC 2001-451 (Accidents du travail et maladies professionnelles des non-salariés agricoles)

581. DC 2001-455 du 12 janvier 2002, X. Prétot, Le Conseil constitutionnel censure la redéfinition du licenciement pour motif économique inséré dans la loi de modernisation sociale, Travail et Protection sociale, 2002 (2), p.7, B. Mathieu, La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, Droit ouvrier, 2002, p. 44 ; G. Carcassonne, Modernisation sociale et régression politique, Droit social 2002 p. 254-257.

582. Cf. A. Lyon-Caen, Dr. soc. 2002, p. 252

583. Conseil constitutionnel, 31 juillet 2003, DC 2003-480 (loi relative à l'archéologie préventive),

cependant problématique[584]. Si la protection du libre accès à l'activité professionnelle peut être acceptée sans réserve, il semble plus délicat d'admettre que cette liberté garantit la liberté d'exercice de l'activité professionnelle. Faute de critère plus précis déterminant la place de cette liberté, toutes sortes de règles régissant l'activité des entreprises peuvent être perçues comme une atteinte à la liberté d'entreprendre.

Il semble donc très délicat de préciser quelles limites la liberté d'entreprendre apporte au contrôle des prérogatives de l'employeur. La motivation du Conseil constitutionnel, en visant un « *cumul de contraintes* » n'a pas fixé de critère qui rendrait chacune de ces contraintes compatibles avec l'ordre constitutionnel. Le Conseil ne s'est véritablement prononcé que sur la question de la définition du motif économique de licenciement. Sa motivation ne fait pas directement apparaître que la liberté d'entreprendre pourrait directement restreindre l'étendue du contrôle judiciaire du pouvoir de l'employeur. Le Conseil, tout comme l'arrêt SAT de l'Assemblée plénière[585], ne semble pas condamner le principe de l'obligation de justifier les motifs économiques de licenciement, il limite seulement l'étendue du contrôle du juge. En d'autres termes, le droit contemporain semble admettre sans trop de réserves l'obligation de soumettre les raisons d'un licenciement économique au juge, mais il pose des limites aux motifs que ceux-ci pourraient considérer comme illégitimes.

2. Liberté des actes ponctuels de gestion du personnel

203. De nombreux actes de la vie courante d'une entreprise échappent à tout contrôle des justifications. L'employeur bénéficie de larges prérogatives discrétionnaires sur les actes de faible importance qui déterminent le fonctionnement quotidien des entreprises. Des traces de cette discrétion du pouvoir sont perceptibles dans les limites posées à la consultation du comité d'entreprise, dans la limitation du contrôle des sanctions les moins sévères, et dans le pouvoir d'individualisation des mesures de gestion du personnel.

a)Seuls les choix importants sont soumis à la consultation du comité d'entreprise

204. Mesures ponctuelles

Le domaine de la consultation du comité d'entreprise est fort étendu[586]. Pourtant, seuls les actes qui revêtent une certaine importance sont soumis à une telle consultation. La jurisprudence et les textes légaux font échapper les actes les moins importants à l'exigence de justification.

L'article L. 432-2 ne prévoit la consultation du comité d'entreprise qu'en cas de projet *important* d'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise. Cette notion ne fait l'objet d'aucune définition précise. Il semble que la Cour de cassation juge cette importance tant à l'aune du nombre de salariés concernés[587] qu'à celle de

584. Cf. L. Favoreu et alii, Droit des libertés fondamentales, prec. n°279

585. Ass. Plen. 8 décembre 2000, Bull. A. P., n°1, D. 2001, p. 1125 note J. Pélissier

586. Voir supra n° 181 sqq.

587. Soc., 28 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 352 (introduction d'un système informatique concernant 600 salariés)

l'importance qu'apporte le changement au travail des salariés[588]. Pour ce qui est des attributions du comité dans l'ordre économique, la consultation n'est prévue que pour les projets qui intéressent, aux termes de l'article L. 432-1, « *l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ». Cette formule exclut les projets qui n'ont que peu d'importance. La jurisprudence considère ainsi que des mesures simplement provisoires[589], n'intéressant qu'un petit nombre de salariés[590] ou ne modifiant pas de manière importante le travail des salariés n'exigent aucune consultation du comité. La formule retenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation illustre parfaitement les choix jurisprudentiels en la matière : la consultation « *ne s'impose à l'employeur que lorsque les mesures envisagées sont importantes et ne revêtent pas un caractère ponctuel ou individuel* »[591].

En l'absence de toute consultation, ces actes sont soumis à la discrétion du pouvoir patronal, et n'ont pas à être justifiés.

205. Projet

De même, l'obligation de justifier les choix ne s'impose qu'en présence d'un projet. Lorsque le chef d'entreprise ne formule que des hypothèses, des projections ou des scénarios, il n'a pas à consulter le comité d'entreprise. Cette frontière entre le projet et la projection est sans doute une nécessité pratique, mais elle conduit souvent à la méconnaissance des prérogatives du comité. Il est fort délicat pour les représentants du personnel de savoir quand le chef d'entreprise passe de la simulation d'une hypothèse à un projet précis puis à une décision. En ne soumettant pas à consultation les hypothèses formulées par la direction de l'entreprise, le risque est celui d'une consultation purement formelle sur un projet que le chef d'entreprise a déjà arrêté.

La formule choisie par la Cour de cassation en la matière laisse une grande souplesse d'appréciation. Selon elle, « *si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes ; qu'un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté* »[592]. Le projet qui donne lieu à consultation n'est donc pas nécessairement arrêté, il peut être une simple décision susceptible d'avoir des effets sur l'organisation de l'entreprise.

---

588. Crim., 13 déc. 1994, Bull. crim., n° 405 : les *« répercussions importantes sur les conditions de travail »* justifient la consultation ; voir encore Soc., 28 octobre 1996 cité note précédente : la nécessité d'une formation des salariés concernés est également invoquée pour montrer l'importance du projet.

589. Crim 15 avril 1982, Bull. crim. n° 90

590. Crim. 19 février 1980, Bull. crim. n° 65 ; Soc., 1er juillet 1997, RJS 1997. 619, n° 991 (acte individuel)

591. Crim. 9 février 1988, Bull. crim. n° 67

592. Soc., 12 novembre 1997, Bull. civ. V, n° 375 ; D. 1998. Somm. p. 245, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. soc. 1998, p. 87, obs. Cohen

b) Un contrôle réduit des sanctions de faible importance

206. Avertissements

Les actes disciplinaires les moins importants échappent à la procédure de justification, comme s'ils participaient d'une modalité normale des rapports de travail que le juge n'a pas à contrôler. L'article L. 122-40 du Code du travail exclut ainsi de la définition de la sanction disciplinaire les « *observations verbales* ». Certains auteurs ajoutent que de simples observations écrites échappent au régime des sanctions[593]. Cette interprétation est sujette à caution, et la prudence impose de se tenir à la lettre du texte[594]. Les remarques faites par un supérieur hiérarchique, même susceptibles à terme de déboucher sur une sanction disciplinaire, échappent à tout contrôle du juge. Cette règle est compréhensible pour d'évidentes questions pragmatiques : la protection des intérêts des salariés ne peut aller jusqu'à exiger l'omniprésence des magistrats afin de régler tout désaccord dans l'entreprise. Un tel contrôle n'est possible que pour les questions importantes.

Plus inquiétante est sans doute l'institution d'une procédure simplifiée pour les sanctions les moins importantes. L'article L. 122-41 alinéa 2 prévoit que l'entretien préalable n'est pas obligatoire lorsque « *la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié* ». Le critère permettant de délimiter l'aire du pouvoir soumis à justification et celle laissée au pouvoir discrétionnaire est encore celui de l'importance de la mesure prise. La Cour de cassation a déduit de la formule légale que lorsque l'employeur se contente de prononcer un simple avertissement, il n'a pas à tenir un entretien préalable, même lorsque cette sanction peut ensuite servir de fondement pour une mesure plus grave dans l'échelle fixée par le règlement intérieur[595]. La procédure simplifiée n'exclut cependant pas tout contrôle des justifications : l'employeur doit respecter le principe de la motivation, et les règles relatives au contrôle judiciaire s'appliquent[596]. L'absence d'entretien préalable prive néanmoins le salarié d'une garantie essentielle dans la procédure : le respect du principe du contradictoire. Cette limitation du contrôle ne confère pas un pouvoir discrétionnaire au chef d'entreprise, mais atténue sensiblement les règles du contrôle des justifications.

---

593. Cf. J. Pélissier, *La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 1983, p. 546 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 894, p. 885, note 1.

594. La jurisprudence citée par MM. Pélissier, Supiot, Jeammaud (note prec.) ne semble pas convaincante à cet égard. L'arrêt cité de la Cour de cassation (Soc., 22 janvier 1991, Bull. civ. V, n° 35) n'affirme nullement que de simples observations écrites échappent à la qualification de sanction. La Cour affirme simplement que les observations, relatives à une question d'exécution du travail, échappent à la qualification de sanction. L'arrêt est donc relatif à la notion de faute professionnelle et non à celle de sanction. Il est à rapprocher de la jurisprudence qui exclut les questions d'insuffisance professionnelle du champ du droit disciplinaire. Il ne fait pas de doute que, si les observations écrites avaient porté sur un manquement à la discipline de l'entreprise, la qualification de sanction se fût appliquée, quand bien même cette dernière, de faible importance, n'eût point affecté, de manière immédiate ou non, la présence du salarié dans l'entreprise.

595. Soc., 19 janv. 1989 (2 arrêts): Bull. civ. V, n°50 ; Dr. soc. 1989. 504, note J. Savatier

596. Soc., 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 153

c) Pouvoir d'individualisation des mesures de gestion du personnel

207. Liberté de principe

Le principe de la liberté d'entreprendre inclut le pouvoir pour l'employeur d'individualiser ses choix de gestion du personnel. Les décisions en matière de rémunération, de promotion, de mutation, ne nécessitent, en principe aucune justification si elles ne modifient pas le contrat de travail. En matière disciplinaire, la Cour de cassation affirme d'une manière particulièrement nette « *qu'il est permis à l'employeur, dans l'intérêt de l'entreprise et dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute* »[597]. Elle a même admis que l'employeur pouvait décider de ne sanctionner que certains des salariés ayant commis une telle faute[598].

208. Une faculté de plus en plus menacée

Ce pouvoir d'individualisation des mesures est contesté de manière croissante, en raison de la force d'expansion du principe d'égalité dans notre droit. De plus en plus se répand l'idée selon laquelle toute différence de traitement doit être justifiée. La Cour de cassation, depuis l'arrêt *Ponsolle*[599], tend à réduire considérablement le principe de la libre individualisation en matière de rémunération. Un arrêt du 18 janvier 2000 résume parfaitement la position de la Cour de cassation: *« si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé, et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* »[600]. S'affirme ainsi l'idée que toute différence de rémunération n'est légitime que si elle peut être justifiée.

Il n'y a aucune raison pour limiter la force d'expansion d'une telle idée à la seule question de la rémunération. Pourquoi ne serait-elle pas appliquée dans le droit disciplinaire ? Il semble contestable de sanctionner différemment deux salariés qui ont commis une même faute. La distinction peut laisser entendre que l'employeur est mû par une volonté discriminatoire. Le contrôle des justifications permettrait de s'en prémunir. Ce contrôle est d'ailleurs imposé par les règles de droit. Le principe de proportionnalité exige que tous les aspects entourant le prononcé de la sanction soient examinés afin de voir si l'acte de l'employeur est proportionné à la gravité du manquement. La proportion exige également que la situation des salariés qui ont commis une même faute soit comparée, afin de voir si la réponse de l'employeur est mesurée.

3. Principe du libre choix des collaborateurs

209. La liberté d'entreprendre reconnue au chef d'entreprise a pour conséquence le principe du libre choix par le chef d'entreprise de ses collaborateurs. Ce principe de rang constitutionnel comporte deux dimensions essentielles : la

597. Soc., 14 mai 1998, Bull. civ. V, n° 250, Dr. soc. 1998 p. 709 obs. A. Jeammaud

598. Soc., 17 déc. 1996, Bull. civ. V, n° 445

599. Soc., 29 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 359 ; D. 1998. Somm. 259, note M.T. Lanquetin ; Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen

600. Soc., 18 janv. 2000, D. 2000.IR. p. 118

liberté du choix des candidats au recrutement, et la protection judiciaire de la discrétion du jugement porté sur l'aptitude du salarié à exercer ses fonctions ou à bénéficier d'une promotion.

a)Caractère discrétionnaire de l'embauchage

210. La liberté de choix des collaborateurs au cours du recrutement est un principe qui marque fortement le droit du travail. La période contemporaine n'a érigé que quelques faibles tempéraments au caractère discrétionnaire de l'embauchage.

α) Principe du libre choix des collaborateurs

211. Un droit discrétionnaire

L'embauchage a toujours été conçu comme l'application des principes de la formation des conventions à la conclusion du contrat de travail. La doctrine a déduit de ces principes celui d'un libre choix de ses collaborateurs par l'employeur[601]. Cette conception fait écho à la jurisprudence, qui impose le principe du libre choix des salariés par l'employeur[602]. Un arrêt a même proclamé que ce droit est insusceptible d'abus[603]. Cette conception doctrinale et jurisprudentielle n'a pas véritablement évolué. Le droit de recruter demeure un droit discrétionnaire[604]. L'employeur n'est pas obligé de justifier ni même de motiver l'acceptation ou le refus de l'offre du salarié.

212. Un principe admis dans l'ordre constitutionnel

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la valeur du principe du libre choix de ses collaborateurs à l'occasion d'une décision consacrée à l'examen de la compatibilité avec la Constitution de la réintégration de représentants du personnel consécutive à une loi d'amnistie[605]. Il affirma que le chef d'entreprise « *doit pouvoir* [...] *choisir ses collaborateurs* ». Cette liberté de choix serait, selon lui, fondée sur la liberté d'entreprendre et la responsabilité qui en est le corollaire. Elle est donc apparentée au droit de propriété[606]. La décision du Conseil constitutionnel relève de ce que certains ont nommé le « *droit du travail d'inspiration libérale* » que promeut parfois le Conseil constitutionnel[607].

L'attribution d'une portée constitutionnelle au principe du libre choix des collaborateurs ne fait que consacrer la jurisprudence en matière de recrutement et de réintégration. La conception retenue par le Conseil constitutionnel montre même une conception plus nuancée que celle généralement avancée jusque là par les juridictions de l'ordre judiciaire. Dans cette même décision, il a admis que ce

601. Voir P. Durand et A. Vitu, prec., Tome 2, n° 159 ; A. Brun et H. Galland, prec. n° II-121 ; adde G.H. Camerlynck, prec. n° 129 qui montre le contraste entre les conceptions juridiques du licenciement et celles de l'embauchage.

602. Cf. Soc., 10 février 1955, I.C.E., 1955, p. 415, cité par A. Brun et H. Galland, prec., p. 342

603. Civ. 11 juin 1913, D.P. 1914, 1, p. 214 ; S. 1913, 1, p. 190

604. Voir G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992, p. 72 : « *Le choix reste discrétionnaire* ».

605. CC. 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 755, note X. Prétot ; D. 1989, J. p. 269, note F. Luchaire.

606. Voir supra n°200

607. G. Lyon-Caen, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail*, D. 1989, chr. p. 289.

principe pouvait se voir reconnaître des limites, justifiées par des impératifs de protection de l'intérêt général, à conditions qu'elles ne soient pas « *manifestement disproportionnées* ». De telles limites sont pratiquement inconnues des règles relatives au recrutement.

Sans remettre en question le principe de la liberté de choix des collaborateurs, le droit contemporain apporte quelques tempéraments à la liberté de recrutement reconnue aux employeurs.

β) Les tempéraments au caractère discrétionnaire du libre choix des collaborateurs

213. Double tempérament

Des règles définissent le cadre juridique dans lequel le processus d'embauche se réalise : règles régissant le placement, l'âge minimal des travailleurs ou les priorités d'emploi. Ces règles sont des limites objectives au libre choix des collaborateurs. Elles n'emportent pas un contrôle sur la décision d'embaucher proprement dite.

Deux séries de règles permettent au contraire de tempérer la discrétion du jugement patronal en matière d'embauche : le contrôle des méthodes utilisées dans le recrutement, et la prohibition des discriminations à l'embauche. Bien que ces règles n'organisent pas un contrôle systématique de l'opération d'embauchage, elles permettent un contrôle occasionnel des justifications patronales

214. Méthodes utilisées

Sans mettre en cause le principe de la liberté de choix des collaborateurs, le droit français organise une surveillance de la manière dont le chef d'entreprise réalise ses embauches.

Une première série de règles restreint les informations sur lesquelles le jugement de l'employeur peut s'appuyer. La jurisprudence de la Cour de cassation a ouvert la voie à une telle limitation, en prohibant les refus de recruter fondés sur des considérations liées à la vie privée du salarié. Un arrêt du 17 octobre 1973[608] avait proclamé que les renseignements et pièces réclamées lors de l'embauche devaient avoir pour but « *d'apprécier les qualités du salarié* », et ne pouvaient concerner « *des domaines sans lien direct et nécessaire avec cette activité professionnelle* ». Cette affirmation a été confirmée par la jurisprudence ultérieure. La Cour de cassation a affirmé que le licenciement d'un salarié pour dissimulation d'une information relative à sa vie privée est dépourvu de cause réelle et sérieuse[609]. Il est vraisemblable que l'employeur pourrait également voir sa responsabilité extra contractuelle engagée à l'égard d'un candidat évincé, en réparation du préjudice né de la perte d'une chance d'obtenir un emploi.

A la suite du rapport rédigé par M. G. Lyon-Caen[610], la loi du 31 décembre 1992 a consacré la jurisprudence de la chambre sociale en proclamant que les informations demandées par l'employeur ont pour finalité d'apprécier les qualités

608. Arrêt du « *prêtre ouvrier* », Soc., 17 octobre 1973, Dr. soc. 1974 p. 290, obs. J. Savatier ; JCP 1974, II, 17698, note Y. Saint Jours

609. Voir en particulier soc. 25 avril 1990, Bull. civ. V, n° 186, D.O. 1990, 392 (ne procède pas d'une cause réelle et sérieuse le licenciement pour dissimulation d'une condamnation pénale antérieure au cours de l'embauche).

610. G. Lyon-Caen, prec. p. 60 sqq.

professionnelles du salarié, et doivent avoir un « *lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé* »[611].

Cette restriction des informations collectées lors de l'embauche n'impose pas directement à l'employeur de justifier - devant le candidat ou ensuite devant une juridiction - les informations qu'il collecte au cours du recrutement. Ces règles n'organisent pas un régime spécifique de contrôle des procédures de recrutement. La règle de preuve applicable demeure celle de droit commun. Ce sera donc au salarié qui se prévaut de la méconnaissance de ces dispositions de prouver que l'information demandée ne présente pas de rapport avec l'emploi proposé.

Néanmoins, ces nouvelles dispositions introduisent la règle selon laquelle le pouvoir de l'employeur au cours des opérations de recrutement connaît des limites, et elles ouvrent la voie à un contentieux sur la légitimité des méthodes utilisées. L'effectivité de telles règles dans un contexte de forte demande d'emploi est fort incertaine.

Cette même loi du 31 décembre 1992 a tenté de réglementer les méthodes de recrutement utilisées par les entreprises. Elle pose pour principe que ces méthodes doivent être *« pertinentes au regard de la finalité poursuivie* » (art. L. 121-7 Al. 2). Ces dispositions sont renforcées par une sorte de droit d'alerte confié en la matière au délégué du personnel (art. L. 422-1-1), ainsi que par l'organisation d'une consultation du comité d'entreprise (art. L. 432-2-1). Ces dispositions ne permettent un véritable contrôle des méthodes de recrutement qu'au niveau collectif, encore que le texte manque de précision. Au niveau individuel, contrairement aux propositions du rapport précité[612], la loi du 31 décembre n'a organisé ni une motivation du refus d'une offre de travailler faite par un salarié, ni un renversement de la charge de la preuve de la fiabilité des méthodes de recrutement utilisées en cas de litige.

La loi du 31 décembre 1992 contribue à réduire l'arbitraire des procédés de recrutement utilisés par l'employeur. Elle ne parvient cependant pas à ériger l'embauchage au rang d'une prérogative soumise à contrôle judiciaire. Le principe demeure celui du libre choix des collaborateurs. Seules sont visées par le dispositif les méthodes de recrutement les plus choquantes. Outre le fait qu'une grande partie des méthodes utilisée par les entreprises n'est pas affectée par la réforme[613], la décision prise par l'employeur à l'issue de la procédure de recrutement échappe à tout contrôle judiciaire. A aucun moment il n'est exigé que l'employeur explicite les raisons pour lesquelles il a écarté tel salarié et retenu tel autre. Seules peuvent être contestées les méthodes utilisées ou les informations collectées. Ce n'est pas le choix du salarié retenu qui doit être justifié. Il est symptomatique que la loi de 1992 ne prévoie qu'une information du candidat préalable à l'utilisation de certaines techniques de recrutement. Elle n'envisage nullement une information du candidat postérieurement au déroulement de l'entretien, en particulier sur les résultats dégagés par les méthodes de recrutement utilisées.

---

611. article L. 120-6 du Code du travail

612. G. Lyon-Caen, prec. n° 126

613. v. J.E. Ray, *Une loi macédonienne ?*, Dr. soc. 1993 p. 103 ; voir cependant G. Adam, *Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray*, Dr. soc. 1993 p. 333

La discrétion du choix du salarié n'est donc pas atteinte par les dispositions nouvelles. Les règles de protection contre les discriminations ont probablement à cet égard des incidences plus importantes.

215. Discriminations à l'embauche

Des textes de loi successifs ont multiplié les raisons que l'employeur ne peut prendre en compte dans le recrutement. La loi du 31 décembre 1992 a ainsi complété l'article L. 122-45 du Code du travail, en prohibant le fait d'écarter du recrutement des salariés en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leur race, de leurs opinions politiques ou syndicales, de leurs convictions religieuses ou de leur état de santé. La loi du 16 novembre 2001 a ajouté l'âge, l'orientation sexuelle, l'apparence physique, le patronyme. La loi du 4 mars 2002 a enfin inscrit dans ce texte les caractéristiques génétiques. Ces dispositions complètent celles protégeant les femmes contre les discriminations sexuelles à l'embauche (art. L. 123-1 du Code du travail).

Ces normes s'apparentent pour l'essentiel à des règles qui prohibent les actes juridiques motivés par une cause illicite[614]. Elles n'organisent pas une procédure de contrôle spécifique des justifications. Elles se heurtent donc à un obstacle probatoire difficilement franchissable. En prohibant certains mobiles, elles mettent en avant l'idée selon laquelle l'employeur doit poursuivre des objectifs légitimes lorsqu'il recrute. Elles n'offrent cependant pas les moyens qui permettraient de contrôler les raisons d'agir du chef d'entreprise.

Il convient cependant d'excepter le cas de la protection des femmes enceintes contre les discriminations à l'embauche. Depuis la loi du 27 janvier 1993, le législateur a ajouté à l'article L. 122-25 un troisième alinéa qui prévoit que l'employeur est tenu, en cas de litige, de « *communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision* ». Il a également précisé que « *si un doute subsiste, il profite à la salariée en état de grossesse* ». Ces dispositions permettent un contrôle de l'absence de discrimination calqué sur celui des licenciements. Il en découle que l'employeur qui écarte du recrutement une salariée enceinte doit avoir des raisons pour justifier son choix. La loi n'a pas qualifié ces motifs : il n'est pas dit que l'employeur doit avoir des raisons réelles et sérieuses pour écarter du recrutement une salariée en état de grossesse. La jurisprudence n'a pas dégagé une signification plus précise de ces dispositions.

216. Appréciation critique sur l'absence de contrôle des justifications en matière de recrutement

Le droit applicable à l'embauchage demeure donc fortement inspiré par le principe d'une liberté de choix reconnue au chef d'entreprise. Pourquoi ce principe demeure-t-il aussi prégnant dans le droit français ? L'embauchage est une situation dans laquelle les individus sont particulièrement vulnérables, ce qui justifierait l'instauration d'un contrôle judiciaire de cette opération. Deux raisons expliquent peut-être la protection persistante de la discrétion patronale en la matière.

En premier lieu, les choix opérés au cours des opérations de recrutement sont très difficiles à justifier. Une forte part d'incertitude est inhérente à ces opérations[615].

---

614. voir supra n°74

615. Voir l'intéressante analyse sociologique menée par F. Eymard-Duvernay et E. Marchal, *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*. Métailié, 1997, p. 10

Le recrutement comporte une part d'intuition. Les choix sont parfois autant mus par l'affectivité que par la rationalité. Le fait d'évaluer un candidat au cours des opérations de recrutement est délicat. La protection de la discrétion patronale reposerait alors sur une intuition sociologique : l'opération de recrutement n'est pas justifiée parce qu'elle n'est pas justifiable. Ce serait cependant conférer une bien faible ambition aux règles de droit. Ce n'est pas parce qu'il est difficile de découvrir la rationalité des opérations de recrutement qu'il faut protéger l'arbitraire des décisions patronales. Il n'est pas lieu d'exclure spécialement le recrutement de l'impératif de justification dès lors que cette mesure risque de porter atteinte aux droits et libertés des salariés.

Des recherches ont par ailleurs montré que le recrutement, comme tout acte humain, fait l'objet de conventions sociales[616]. Les recruteurs, et les entreprises, pour rendre leurs choix acceptables, sont contraints de les justifier. Le recrutement n'est nullement une opération arbitraire, même si elle comporte une part irréductible de subjectivité. Il n'existe pas de raison *a priori* de l'exclure de l'impératif de justification. Ce dernier laisse place à la subjectivité, dès lors que les choix s'exercent de façon transparente, et qu'ils sont basés sur des principes rationnels.

Le faible niveau de contrôle sur l'embauchage dans le droit français traduit somme toute une conception très marchande de l'opération de recrutement. L'embauchage est considéré comme un simple échange sur un marché. L'employeur est vu comme seul juge de l'utilité du candidat pour l'entreprise. Cette conception du recrutement est discutable. Elle permet d'éluder tout débat sur la légitimité des choix opérés par les chefs d'entreprise.

b) Jugement d'aptitude

217. La jurisprudence protège la liberté du jugement patronal effectué sur la capacité des salariés à répondre aux besoins productifs de l'entreprise. Des choix tels que la promotion des salariés, leur affectation ou même la prise en compte de l'aptitude dans le licenciement échappent pour une large part à l'exigence de justification.

218. Promotion professionnelle

La promotion professionnelle, en premier lieu, demeure essentiellement à la discrétion de l'employeur. Les arrêts consacrés à cette question demeurent d'ailleurs très exceptionnels. La Cour de cassation se limite à contrôler le respect des règles que l'employeur s'est lui-même fixées[617]. Les chefs d'entreprise se gardant le plus souvent de définir des règles de promotion rigides et prédéterminées, la promotion demeure le plus souvent soumise à la discrétion de l'employeur.

Par exception, le droit de l'égalité professionnelle appréhende parfois ce phénomène, afin de protéger les salariés contre des décisions discriminatoires. Le droit relatif aux discriminations indirectes se heurte ici à l'impossibilité de la preuve.

616.id. p. 23 sqq

617. Le contentieux se concentre essentiellement sur l'attribution de la qualification résultant de la grille de classification (Apprécié souverainement par les juges du fond : cf. Soc., 18 janv. 2000, Bull. civ. V, n°28), ainsi que sur les règles de promotion instituées par certaines conventions collectives, à l'instar de celle relative au personnel des organismes de Sécurité sociale (Soc., 28 octobre 1997, Bull. civ. V, n° 348)

En l'absence de règles relatives à la promotion professionnelle, la preuve des discriminations en la matière est très difficile[618]. La production de statistiques significatives est souvent impossible en raison de l'individualisation des politiques de gestion du personnel.

219. Affectation des salariés

L'affectation des salariés à un poste de travail donné exclut également tout contrôle des justifications. La seule obligation pour l'employeur est de respecter la qualification professionnelle des salariés. Celle-ci résulte de la combinaison entre la qualification attribuée par le contrat de travail, et les règles définies par la convention collective applicable.

220. Prise en compte de l'aptitude dans le licenciement

Il est peut-être plus surprenant de constater que les juridictions continuent également à reconnaître à l'employeur un pouvoir quasiment souverain sur l'appréciation de la capacité professionnelle dans le licenciement. En apparence, le licenciement pour insuffisance professionnelle est soumis aux règles de droit commun du licenciement, tant au regard de la procédure que du contrôle des motifs. Le contrôle opéré sur la légitimité de la mesure est cependant très réduit. La Cour de cassation affirmait traditionnellement que l'employeur est « *seul juge* » des capacités professionnelles du salarié[619]. L'abandon du contrôle de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement laisse aujourd'hui cette question dans le flou. Il semble cependant que la Cour de cassation n'incite pas les juridictions à développer le contrôle du caractère sérieux ce ces licenciements. La Cour paraît limiter l'exigence à celle d'éléments objectifs permettant de fonder le jugement de l'employeur, sans contrôler la légitimité de cette appréciation[620]. Il est vrai que nombre d'indices montrent qu'elle entend depuis peu renforcer le contrôle de l'insuffisance professionnelle[621], et qu'un revirement pourrait prochainement intervenir sur cette question. Il nous semble qu'un véritable contrôle de la cause sérieuse en la matière exigerait que soit diffusée une obligation de reclassement et d'adaptation telle que la Cour l'admet déjà en matière de licenciement pour motif économique.

L'absence de contrôle des juridictions sur l'appréciation de la compétence professionnelle est surtout marquée dans la détermination des critères d'ordre des licenciements économiques. La Cour de cassation considère que lorsque l'employeur entend privilégier le critère de la valeur professionnelle des salariés, il est seul juge de leur aptitude professionnelle. La Cour de cassation a censuré des décisions par lesquelles les juges du fond entendaient substituer leur appréciation à

---

618. La grande industrie ou le secteur para public prévoient parfois cependant des systèmes de notation qui peuvent donner lieu à contestation : cf. sur l'exclusion des femmes du droit à notation : CJCE, 30 avr. 1998, aff. C. 136/95, RJS 6/1998, n° 800, D. 1998. Somm., p. 246, obs. M.-T. Lanquetin ; Soc., 16 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 392

619. Soc., 7 février 1980, Bull. civ. V, n° 117 ; Soc., 15 juin 1983, Bull. civ. V, n° 325

620. Cf. Soc., 4 janvier 2000, n° 97-44.951 : « *l'insuffisance professionnelle ne peut justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse que si elle est établie par des faits précis objectifs et vérifiables* »

621. Cf. outre Soc., 4 janvier 2000, prec., la jurisprudence sur l'insuffisance de résultat (Soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 143 cité infra), ainsi que le contrôle de la Cour de cassation sur la correspondance entre l'insuffisance alléguée et la qualification reconnue au salarié (soc. 2 février 1999, Bull. civ. V, n° 251)

celle de l'employeur en la matière[622]. La Cour exige seulement que ce jugement soit basé sur des éléments objectifs, sans contrôler la légitimité du choix opéré[623].

B. BÉNÉFICE D'UNE HABILITATION

221. L'exigence de justification n'est pas seulement exclue lorsque la jurisprudence protège la liberté du choix du chef d'entreprise. Elle est également écartée lorsque l'employeur agit en exécution d'une règle qui l'habilite à agir librement. Cette habilitation à agir de manière discrétionnaire peut provenir de deux sources essentielles. En premier lieu, le domaine de l'exécution du contrat de travail permet de définir une aire de la subordination dans laquelle l'employeur conserve une réserve de pouvoir discrétionnaire importante (1). En second lieu, le droit reconnaît la validité de conventions spécifiques qui permettent d'exclure contractuellement le contrôle des justifications (2).

1. L'exécution du contrat de travail

222. La renaissance du contrat de travail

Après une période au cours de laquelle le contrat de travail a été quelque peu décrié[624], la doctrine contemporaine a « *redécouvert* » l'importance du contrat dans les relations de travail[625]. Le contrat de travail permet de cerner les droits et obligations des parties. Aussi la jurisprudence, respectueuse de l'autonomie de la volonté des contractants, fait-elle produire aux prévisions contractuelles des effets de droit importants. Il n'est pas exagéré d'affirmer que les stipulations contractuelles permettent aujourd'hui de faire varier l'aire de la discrétion patronale.

La jurisprudence en matière de modification contractuelle ayant été perturbée par de récentes évolutions, il convient d'opérer quelques rappels concernant le domaine de l'exécution contractuelle (a) avant d'exposer son régime (b)

a)Domaine de l'exécution contractuelle

223. A la distinction ancienne entre modification substantielle et modification accessoire, la jurisprudence contemporaine a substitué celle entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions d'exécution du contrat de travail.

α) La distinction initiale entre les modifications substantielles et les modifications accessoires

224. Bien que la terminologie judiciaire et doctrinale n'ait pas toujours été précise, il a été effectué initialement une distinction entre les modifications substantielles et les modifications accessoires du contrat de travail.

---

622. Soc., 4 décembre 1991, Bull. civ. V, n°552 ; Soc., 5 février 1997, RJS 1997, n° 425.

623. Soc., 23 mars 1994, Dr. soc. 1994, p. 680, obs. P. Waquet

624. Voir sur cette question le thème du déclin du contrat de travail, G. Scelle, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 2e ed., Paris, 1928, pour qui le contrat n'est plus qu'un acte condition ; adde P.D. Ollier, op.cit. p. 76

625. G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail,* APD 1968, p.59 ; A. Lyon-Caen, *Actualité du contrat de travail,* Dr. soc. 1988, p. 540

Le principe de la force obligatoire des conventions contraignait l'employeur à respecter les stipulations du contrat de travail. Il lui était interdit d'effectuer des modifications substantielles[626]. Cependant, l'employeur, titulaire du pouvoir de licencier, pouvait à la suite du refus d'une offre de modification contractuelle décider de rompre le contrat de travail, pourvu qu'il respectât les dispositions formelles et substantielles applicables aux licenciements[627].

Le salarié était bien entendu libre d'accepter la révision du contrat de travail proposée par l'employeur. Conformément aux dispositions du droit des obligations, cette novation ou révision devait faire l'objet d'une acceptation non équivoque, et ne pouvait être présumée[628]. L'acceptation tacite du salarié pouvait cependant être déduite d'un silence circonstancié. La jurisprudence *Raquin*[629] se montra plus exigeante sur cette question. Dans un souci de protection des salariés, la Cour de cassation affirma que la seule continuation du travail ne pouvait faire présumer l'acceptation du salarié.

A la modification substantielle du contrat de travail fut opposée la modification accessoire du contrat de travail[630], parfois dénommée modification *secondaire*[631] La Cour de cassation estimait que de telles modifications relevaient du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Maître de l'organisation et responsable de la marche économique de l'entreprise, celui-ci pouvait imposer de telles modifications aux salariés. Le salarié qui s'y opposait commettait un acte d'insubordination. En application de la théorie dite des équipollents, ces comportements étaient analysés comme équivalant à une démission[632]. Pour ce qui est de la distinction entre les modifications substantielles et les modifications secondaires, la Cour de cassation promut une appréciation subjective : le caractère substantiel ou non d'une modification était évalué à l'aune de l'aggravation concrète portée aux conditions d'emploi des salariés. Ainsi, lorsque le lieu de travail était déplacé, un trajet plus difficile, plus pénible, plus long et plus fatigant pour le salarié permettait de caractériser une modification substantielle[633].

La distinction entre les modifications secondaires et les modifications essentielles du contrat de travail permettait d'opposer les mesures qui relèvent du pouvoir de direction du chef d'entreprise, et le respect des stipulations contractuelles. Relevaient du pouvoir de direction toutes les adaptations des conditions de travail de faible importance, permettant ainsi une gestion de la force de travail en fonction des besoins économiques de l'entreprise. L'application des clauses du contrat par lesquelles le salarié avait par avance consenti à un exercice souverain du pouvoir de direction était également soumise au pouvoir de direction. La Cour de cassation défendait fermement le respect des clauses de mobilité. Le refus de se soumettre à une telle clause était analysé comme une démission.

---

626. La terminologie n'était pas fixée : on parlait également de l'atteinte aux éléments substantiels du contrat ou des modifications essentielles des éléments du contrat cf. G.H. Camerlynck, op. cit. n° 381

627. G.H. Camerlynck, prec., n° 393 sq.

628. id. n° 388

629. Soc., 8 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 54 ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. Savatier

630. Camerlynck, prec.

631. A. Brun et H. Galland prec., p. 756

632. id.

633. Soc., 22 mai 1979, D. 1979, IR 469 cité par Camerlynck, n° 391 p. 419

β) Le critère de distinction dans le droit positif actuel

225. Distinction entre la modification du contrat et celle des conditions de travail

Depuis 1992, la Cour de cassation semble avoir opté pour un renouvellement de la théorie de la modification du contrat de travail[634]. La Chambre sociale semble également avoir opté pour une nouvelle terminologie, et réfute désormais la distinction entre les modifications substantielles et les modifications non substantielles. La distinction serait désormais établie entre les modifications du contrat de travail et le changement des conditions de travail. Un magistrat a affirmé que ce changement terminologique répondait au souci d'une plus grande rigueur dans l'utilisation des notions juridiques[635]. Il a fait valoir que le respect dû au contrat excluait la possibilité de lui porter toute modification - fût-elle de la moindre importance. Désormais, lorsqu'un élément découle du contrat de travail, il est exclu de pouvoir lui porter atteinte. Les questions qui ne portent pas atteinte au contrat ressortissent au contraire du pouvoir de direction de l'employeur.

La distinction entre la modification contractuelle et la modification des conditions de travail est conçue comme une séparation spatiale. Le contrat et le pouvoir de direction relèvent, selon cette théorie, de deux sphères distinctes[636]. Cette démarche conduit à rechercher la ligne de séparation entre le pouvoir de direction et le contrat.

226. Le critère premier proposé par M. Waquet est un critère essentiellement formel. Serait contractuel tout ce qui est stipulé dans le contrat. Ce critère ne peut cependant être suffisant, car le contrat de travail obéit au principe du consensualisme. Peuvent donc faire objet de prévisions contractuelles des éléments qui ne figurent dans aucun document écrit. Ils peuvent résulter d'un accord exprès ou tacite entre les contractants. Des décisions ont d'ailleurs fait valoir que des stipulations du contrat de travail n'ont pas nécessairement une valeur contractuelle. La mention du lieu de travail dans le contrat aurait ainsi une simple mention informative[637].

Afin de résoudre cette difficulté, la Cour de cassation a complété le critère formel par un critère matériel. A défaut de stipulations, seront considérés comme contractuels des éléments dont la nature est contractuelle. Les éléments de la relation de travail qui forment le *socle* ou *l'armature* du contrat de travail auraient une telle essence[638]. Certains estiment que les éléments qui constituent cette trame contractuelle seraient énoncés par la Directive communautaire du 14 octobre 1991. Celle-ci fournit la liste des informations que l'employeur doit faire parvenir au salarié. Des objections ont été opposées à l'encontre de cet emploi de la Directive

---

634. Voir Soc., 24 juin 1992, Bull. civ. V, n°413 et Soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n°419, évolution confirmée par Soc., 10 juillet 1996, RJS n° 8-9/96, n° 900

635. P. Waquet, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791

636. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 361

637. Soc. 3 juin 2003, Bull. civ., V, n° 185 : « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* ». De même voir Soc. 21 janvier 2004, Bull. civ., V, n°26. Voir sur cette question P.H. Antonmattei, Les éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p. 330

638. P. Waquet, prec. p. 793

communautaire[639]. La liste qu'elle propose n'est nullement impérative. En outre, elle n'a pas pour vocation de régir la détermination des éléments essentiels du contrat de travail ou les questions de modifications contractuelles. Sa vocation est purement informative : elle détermine, à l'instar de nombreuses règles du droit des contrats, une liste d'informations à fournir au cocontractant. La nature juridique des informations transmises est une question distincte. Elle impose de fournir au salarié des informations concernant les« *éléments essentiels de son contrat ou de sa relation de travail* ». Cette terminologie montre que la nature contractuelle des éléments concernés n'est pas affectée par cette Directive. La Cour de cassation semble faire fi de ces objections. Fidèle à la liste de la Directive, elle a reconnu une nature contractuelle au salaire[640], à la durée du travail[641], à la durée du préavis de licenciement[642] ou à la catégorie d'emploi occupée[643]. En revanche, elle n'intègre pas dans la sphère contractuelle les horaires du salarié[644] ou la suppression d'heures supplémentaires[645].

Plus incertaine est la question du lieu de travail. La Directive communautaire cite le lieu de travail parmi les éléments dont l'employeur doit informer le salarié. Pourtant, la Cour de cassation laisse à l'employeur la possibilité de changer le lieu de travail sans modifier contrat, dès lors que le déménagement s'effectue dans un même secteur géographique[646]. Elle a ainsi estimé dans un arrêt du 20 octobre 1998[647] qu'une Cour d'appel pouvait estimer que le changement du lieu de travail « *à l'intérieur de la région parisienne* » n'avait pas porté atteinte au contrat de travail. Ces arrêts montrent que la Cour de cassation n'hésite pas à faire sortir certains éléments du contrat afin de faciliter les évolutions productives de l'entreprise.

Si le maintien de la distinction entre modifications substantielles et accessoires a été jugé nécessaire dans certains domaines, il semble que la méthode pour aborder ces modifications ait évolué. La jurisprudence ancienne paraissait prendre en considération la détérioration apportée à la situation concrète du salarié[648]. La Cour de cassation semble désormais rejeter cette appréciation *in concreto*. Elle lui a préféré une appréciation *in abstracto*[649], qui permet de déterminer si le changement de lieu de travail modifie ou non le contrat de tout salarié. La Cour semble ainsi

---

639. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 362

640. Tant en ce qui concerne son montant (soc. 4 janvier 1996, Dr. soc. 1996 p. 198 ; Soc., 18 avril 2000, Bull. civ. V, n° 139) que sa structure (Soc., 28 janvier 1998, RJS 3/98, n° 274 adde la note de E. Dockès, RJS 3/98 p. 168 ; Soc., 27 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 43)

641. Soc., 20 novembre 1996, deux arrêts, JS 1997, n° 602, p. 46 ; Soc., 14 février 1996, JS 1996, n° 598, p. 329

642. Soc., 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1176

643. L'employeur peut donc modifier les tâches du salarié si elles demeurent dans la qualification reconnue au salarié (Soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 199)

644. Soc. 22 février 2000, Bull. civ., V, n°67 ; Soc. 9 avril 2002, Dr. soc. 2002, p. 665, obs. J. Savatier

645. Soc., 20 juin 1995, JS 1996, n° 950 p. 12

646. Soc., 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 219, D. 2000. Somm., p. 85, obs. S. Frossard

647. Soc 20 octobre 1998, LS Jurisprudence n° 606 du 26 nov. 1998

648. Soc., 22 mai 1979, prec., D. 1979, IR 469

649. Cf. G. Couturier, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878, qui souligne que la ligne de partage entre une appréciation concrète et subjective du contrat de travail et une appréciation objective et abstraite, la Chambre sociale n'aurait pas vraiment tranché

affirmer que le changement du lieu de travail au sein de la région parisienne ne pourra constituer une modification du contrat de travail. Il ne pourrait en aller autrement que si les parties ont, dans leur consentement initial, manifesté la volonté d'exécuter la prestation de travail dans un lieu déterminé. La détermination *in abstracto* du caractère essentiel ou non de la modification du lieu de travail aboutit à une étrange cartographie du territoire français, élaborée sous le contrôle de la Cour de cassation.

227. Critique de la nouvelle distinction

La nouvelle jurisprudence semble motivée par la volonté de corriger l'anomalie juridique que constitue la distinction entre les modifications substantielles et les modifications accessoires du contrat de travail. Le souci de la Cour de cassation est de permettre le respect de la force obligatoire du contrat. Elle nécessitait la fixation d'éléments objectifs détermination le domaine propre du contrat de travail. Ce faisant, la Cour de cassation a été conduite à distinguer la sphère du contrat et celle du pouvoir de direction. Deux critiques peuvent alors être dirigées contre la nouvelle distinction[650].

En premier lieu, l'idée d'une séparation étanche entre le pouvoir de direction et le contrat est en pratique impossible. L'histoire du droit du travail montre précisément que la plupart des droits contractuels dont peut se prévaloir le chef d'entreprise sont en réalité des pouvoirs. Ainsi, le licenciement a longtemps été conçu comme le droit, implicitement conféré par le contrat, de mettre fin de manière unilatérale au contrat à durée indéterminée[651]. De même, le droit de sanctionner a longtemps trouvé son fondement dans les prérogatives contractuelles dont pouvait se prévaloir le chef d'entreprise[652]. Pourquoi cette analyse ne serait-elle pas transposée à la mise en œuvre des clauses de mobilités instituées par le contrat ? La notion de pouvoir traduit simplement l'idée du déséquilibre dans un rapport, qui permet à l'un d'imposer quelque chose à l'autre. L'origine juridique de ce pouvoir est de peu d'importance. Il est des pouvoirs qui trouvent leur origine dans un contrat. Les domaines du contrat et du pouvoir unilatéral sont donc le plus souvent une question dont le choix est laissé à la Cour de cassation, sans que la rationalité d'un tel choix puisse être contrôlée.

En second lieu, en opposant contrat et pouvoir sur un mode binaire, la jurisprudence contemporaine conduit à appliquer le même régime aux actes d'exécution contractuelle - telle la mise en œuvre d'une clause de mobilité- et aux actes relevant *stricto sensu* du pouvoir de direction. Il est critiquable de soumettre à un même régime juridique de contrôle deux actes essentiellement distincts. Dans le cas de clauses contractuelles, les prérogatives de l'employeur naissent d'un acte valide que le salarié a accepté à l'avance. La Cour de cassation opère déjà un contrôle spécifique sur la validité de telles clauses. Il n'est donc pas illégitime d'admettre que le contrôle judiciaire sur l'exécution de ces clauses doit être atténué. En revanche, les atteintes portées aux conditions de travail font partie de

650. cf. J. Pélissier, Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, Mélanges P. Couvrat, PUF 2002, p. 101 ; M.C. Escande-Varniol, Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail, Dr. soc. 2002, p. 1064

651. v. supra n° 55

652. supra p. 103

prérogatives dont bénéficie l'employeur en raison de la subordination inhérente au contrat de travail. Il est nécessaire, étant donné l'indétermination des obligations ici souscrites, de procéder à un contrôle plus approfondi. La nouvelle jurisprudence peut donc être critiquée pour son manque de nuance dans le régime du contrôle des justifications.

Il apparaît donc que la distinction entre la modification du contrat et la modification des conditions de travail devrait être adaptée aux exigences de contrôle du pouvoir. Il nous semble en particulier qu'un contrôle accru sur les modifications des conditions de travail qui portent atteinte aux conditions concrètes d'exécution du travail est nécessaire.

b) La modification des conditions de travail : un pouvoir faiblement contrôlé

228. Deux régimes de contrôle

La distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail a le mérite de clairement distinguer deux techniques de contrôle des prérogatives patronales. L'employeur ne dispose plus du pouvoir de modifier de façon unilatérale le contrat de travail. Il ne peut que proposer des modifications contractuelles. Faute d'un accord du salarié, il peut prendre l'initiative de licencier ce dernier. Le licenciement consécutif à un tel refus obéit pleinement au contrôle des justifications dégagé en la matière. En particulier, si les motifs de la modification contractuelle ne sont pas inhérents à la personne du salarié, les juridictions contrôleront qu'ils obéissent aux règles applicables aux licenciements économiques[653].

Le contrôle du pouvoir de l'employeur est beaucoup moins approfondi lorsque le salarié est licencié pour refus du changement des conditions de travail. La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point a évolué. Dans un premier temps, la Cour de cassation a reconnu au chef d'entreprise un pouvoir discrétionnaire. Elle considérait que le refus d'une modification d'un élément non essentiel du contrat de travail s'interprétait en une démission du salarié[654]. Aucun contrôle n'était donc possible en la matière. Les évolutions du régime de la démission et des modifications contractuelles ont conduit la Cour à considérer que le refus d'une modification des conditions de travail « *constitue en principe une faute grave* »[655]. Cette qualification montre que la Cour de cassation n'opérait aucun contrôle des justifications. De manière automatique, le licenciement reposait sur une faute grave : il n'était pas besoin de s'interroger sur les raisons du changement des conditions de travail. On pouvait certes concevoir que ce *principe* puisse connaître des exceptions. Le salarié aurait sans doute pu prouver que son comportement ne pouvait être analysé en une faute grave. C'était cependant déplacer la charge de la preuve sur le salarié, et éluder toute possibilité de contrôle des justifications patronales.

---

653. Soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 177. Si la modification résulte d'une réorganisation productive, celle-ci doit être effectuée dans le but de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité concerné (Soc., 26 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 103 obs. G. Couturier). La Cour de cassation pousse l'exigence de justification jusqu'au respect de l'obligation de reclassement (Soc., 30 septembre 1997, Bull. civ. V, n° 290).

654. Cf. Soc., 21 juin 1978, Bull. civ. V, n° 374

655. Soc., 10 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 278,

Les décisions ultérieures de la Cour de cassation ont infléchi cette jurisprudence. La Cour de cassation a d'abord énoncé que *« le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail ne constitue pas nécessairement une faute grave »*[656]. Cette formule a ensuite été abandonnée au profit de la simple indication qu'il appartient à la juridiction du fond de caractériser la faute grave. Il lui revient en conséquence de montrer que le refus rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant le préavis[657]. Il revient dès lors à l'employeur de monter en quoi le comportement du salarié peut être analysé en quoi le comportement du salarié constitue un acte d'insubordination[658]. Cette jurisprudence tend donc à autoriser un contrôle des justifications en cas de refus du changement des conditions de travail par le salarié. Ce contrôle est cependant nettement amoindri par rapport à celui opéré dans le droit commun du licenciement. Si ce refus ne constitue pas nécessairement une faute grave, il semble en revanche qu'il constitue nécessairement une faute sérieuse justifiant le licenciement. Aucune décision n'a proclamé expressément ce principe, la Cour de cassation renvoyant cette question à l'appréciation souveraine des juridictions du fond[659]. La distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail perdrait cependant tout intérêt si tel n'était pas le cas. Le refus d'exécuter le contrat aux conditions prévues légitime la rupture. La seule justification exigée de l'employeur en la matière est donc celle de l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise lorsque la faute grave est invoquée.

La jurisprudence nuance toutefois cette règle par la promotion de la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. L'employeur ne saurait exiger de façon abusive l'exécution du contrat de travail. L'un des critères de l'abus qui est aujourd'hui admis est l'atteinte aux libertés individuelles du salarié[660]. D'autres arrêts sont allés encore plus loin en exigeant que le jeu de la clause de mobilité soit nécessaire à l'intérêt de l'entreprise[661]. La jurisprudence n'a cependant jamais exigé que l'employeur établisse le caractère non abusif du jeu d'une clause contractuelle ni qu'il montre que le jeu de cette clause est nécessaire à l'intérêt de l'entreprise. Cette correction jurisprudentielle ne modifie donc pas le principe selon lequel le refus d'un changement des conditions de travail constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il appartient au salarié de montrer le caractère abusif de ce changement.

---

656. Soc., 4 juin 1998, Bull. civ. V, n° 300, D. 1999. Somm. p. 35, obs. C. Boissel

657. Soc. 9 avril 2002, Dr. soc. 2002, p. 665, obs. J. Savatier

658. Cf. pour le refus d'exécuter une clause de mobilité Soc. 4 février 2003, RJS 2003, n° 417 ; pour un refus de modification des conditions de travail non analysable en une faute grave, Soc. 26 février 2003, Dr. soc. 2003, p. 677, note F. Favennec-Héry

659. Soc. 9 avril 2002, prec.

660. Soc. 18 mai 1999: Bull. civ. V, n° 219; D. 2000. Somm. 84, obs. M.C. Escande-Varniol (déplacement immédiat imposé en exécution du contrat de travail à un salarié dans une situation familiale critique) ; Soc. 12 janv. 1999: Bull. civ. V, n°7, Dr. soc. 1999. 287, obs. J.E. Ray (clause de mobilité imposant un changement de domicile au salarié)

661. Soc. 18 septembre 2002, Bull. civ., V, n°273 ; Dr. soc. 2002, p. 997, note R. Vatinet

2. Les conventions sur l'exclusion des justifications

229. Le droit du travail reconnaît la validité de conventions qui ont pour fonction d'éluder tout contrôle judiciaire des prérogatives patronales. Cette possibilité peut surprendre dans une branche du droit placée sous l'emprise de l'ordre public. L'utilisation de ces conventions demeure étroitement circonscrite, mais leur importance mérite d'être soulignée. Quatre catégories de conventions permettent de limiter le contrôle judiciaire : les clauses sur l'essai, la transaction, la résiliation conventionnelle et les clauses de résultat[662] .

Il conviendrait en outre d'ajouter à cette liste le régime spécifique des contrats spéciaux en droit du travail. Le contrat à durée déterminée, par exemple, prend fin lorsqu'il échoit, sans que l'employeur n'ait à en justifier les raisons[663]. Ces questions ne seront pas abordées ici afin de ne pas alourdir la recherche avec des considérations relatives aux questions des formes d'emploi dans l'entreprise.

a)L'essai

230. Élision temporaire du contrôle judiciaire

Les parties ont la faculté d'organiser, au commencement du contrat de travail, une période d'essai pendant laquelle le contrat est librement résiliable[664]. Le pouvoir de rupture est en ce cas discrétionnaire, et toute exigence de justification est exclue.

---

662. Certaines décisions avaient conféré au reçu pour solde tout compte une portée très large : sa signature faisait obstacle à toute demande de dommages et intérêts pour rupture abusive (Soc. 1er mars 1989, Dr. soc. 1989, p. 829, obs. J. Savatier ; Soc. 7 mars 1990, Bull. civ., V, n°100. Toute équivoque a été dissipée en la matière par la loi de modernisation sociale (Loi du 17 janvier 2002, article 187), qui a permis d'indiquer que le reçu pour solde de tout compte « *n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent* ». Il n'a donc plus à être étudié en tant que convention permettant d'exclure un contrôle des justifications.

663. Par exception, il est prévu, dans un but de protection des salariés victimes d'accident du travail ou d'une maladie professionnelle, que le défaut de renouvellement du contrat à durée déterminée doit être justifié lorsque le contrat comporte une clause de renouvellement (L.122-33-2). Les dispositions du droit du travail français sont peu protectrices au regard du droit du travail britannique, qui exige la justification du défaut de renouvellement du contrat de travail (Employment Rights Act 1996, Section 95 (b). Cette justification a longtemps été exclue en cas d'accord exprès entre les parties antérieur à l'arrivée du terme (id. Section 197 (b). De nouvelles dispositions ont cependant généralisé l'exigence de justification à tout défaut de renouvellement du contrat à durée déterminée (Employment Relations Act 1999, Section 18).

664. La période d'essai doit être distinguée de situations voisines dont le régime juridique est distinct. La période d'essai se distingue d'abord de l'essai professionnel par lequel l'employeur teste au cours du recrutement les aptitudes (physiques le plus souvent) des candidats. L'essai est à assimiler aux périodes précontractuelles. En tant qu'étape de la procédure de recrutement, l'essai est soumis à des règles essentiellement discrétionnaires. La période d'essai exige au contraire une « *mise en situation réelle de travail* », un commencement d'exécution du contrat de travail (Cf. Soc., 4 janvier 2000, Bull. civ. V, n°4).

La période d'essai doit également être distinguée du stage, antérieur à la conclusion du contrat de travail. Celui-ci est un contrat à durée déterminée régi par des règles spécifiques. En principe, l'employeur n'a pas à justifier l'absence d'embauche du stagiaire à l'issue du stage (Cf. G. Poulain, *Stage et précarité d'emploi*, Dr. soc. 1982, p. 155). La période d'essai est enfin à distinguer de la période probatoire organisée en cours d'emploi, qui est une simple règle unilatérale par laquelle l'employeur organise son jugement sur l'aptitude du salarié. Elle ne saurait priver le salarié des droits qu'il tire de sont contrat de travail à durée indéterminée. Le régime de ces périodes probatoires ne saurait donc être assimilé à celui de la période d'essai (Soc. 25 avril 2001, Dr. soc. 2001, p. 756, obs. C. Roy-Loutaneau, Soc. 26 mai 1998, Bull. civ., V, n°275). La rupture du contrat en cas d'échec de ces périodes probatoires obéit en conséquence aux règles de droit commun du licenciement.

Les conséquences importantes de la conclusion d'une période d'essai ont mené la jurisprudence à poser des règles de preuve de l'existence d'une période d'essai. La période d'essai ne se présume pas. Elle doit en principe être stipulée au contrat de travail. La Cour de cassation admet également l'existence d'une période d'essai lorsque celle-ci est imposée par un accord collectif. Elle a cependant posé en la matière des exigences strictes : « *en cas d'absence de contrat de travail écrit, l'employeur ne peut se prévaloir de l'existence d'une période d'essai que si celle-ci est instituée de façon obligatoire par la convention collective, si la disposition conventionnelle se suffit à elle-même, et si le salarié a été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance* »[665]. La Cour de cassation a par ailleurs exclu qu'un simple usage puisse suffire à prouver l'existence de la période d'essai[666]. Il apparaît donc que la Cour de cassation, dans un but de protection du salarié, a défini des règles originales pour prouver l'existence de l'essai. L'essai semble dorénavant exiger un écrit. Cependant, il peut également être imposé par une convention collective, si le salarié a pu prendre connaissance de cette dernière. Ce choix est sans doute gênant, tant à l'égard de la théorie de la preuve, que des règles sur l'effet impératif des accords collectifs, mais il conduit à une protection équilibrée du salarié.

Si l'existence de la période d'essai est établie, elle conduit à éliminer tout contrôle des motifs de la rupture : « *ce qui définit la période d'essai, c'est précisément la liberté de rupture unilatérale* [667]. Le droit de rupture de la période d'essai est donc essentiellement discrétionnaire.

231. Le contrôle de l'abus du droit de rupture de la période d'essai

Longtemps, la jurisprudence a considéré que la rupture de la période d'essai était un acte arbitraire, soumis à la seule volonté patronale, à l'exclusion de tout contrôle possible sur les motifs de rupture. Elle refusait même l'application de la théorie de l'abus de droit en ce cas[668]. La Cour de cassation adopte aujourd'hui une position plus nuancée : la rupture de la période d'essai constitue un « droit discrétionnaire relatif[669] ». Elle admet la possibilité de contester l'abus dans la rupture de la période d'essai : « *si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus* »[670]. L'abus est ici caractérisé par l'utilisation de la période d'essai à des fins autres que l'évaluation du salarié. Il en est ainsi spécialement lorsque l'employeur stipule une période d'essai dans le seul but de disposer du salarié pour une durée limitée[671]. La Cour de cassation considère néanmoins que l'employeur peut toujours rompre le contrat sans avoir à fournir de motifs. Il appartient au salarié qui invoque l'abus dans la rupture de la période d'essai d'établir le caractère prohibé de ces motifs. Il s'agit donc de prouver le caractère illicite de l'intention de l'employeur. Cette preuve est difficile à établir. Les juridictions peuvent cependant déduire le caractère abusif de l'essai de

665. Soc., 25 mars 1998, Bull. civ. V, n° 173 ; 26 novembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 1138
666. Soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n° 448
667. JY Frouin, *Licéité et existence de la période d'essai*, CSBP 1995, n° 72, p. 239
668. Soc., 5 janvier 1945, Dr. soc. 1946, p. 36, note J. Carbonnier.
669. D. Noguero, Le devenir de la période d'essai du salarié, Dr. soc. 2002, p. 589
670. Soc., 6 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 330
671. Soc., 5 octobre 1993, Bull. civ. V, n° 223 ; D. 1994, somm. p. 304, obs. A. Lyon-Caen

sa durée excessive au regard de l'activité exercée, ce qui permet une appréciation plus objective[672].

La sanction du seul abus de droit conduit donc à éliminer le régime juridique du contrôle des justifications. Il appartiendra au salarié de prouver les motifs illégitimes qui animaient l'employeur ou le caractère excessif de la durée de la période d'essai. Le plus souvent, ce seront donc les employeurs les plus malhabiles qui seront condamnés[673]. Certains ont émis le souhait à cet égard que l'employeur motive la rupture de la période d'essai[674].

Les règles relatives aux discriminations dans l'emploi permettent toutefois de nuancer ces faiblesses du droit français. L'article L. 122-45 al. 4 permet un aménagement spécifique de la preuve lorsque des éléments de fait laissent « supposer l'existence d'une discrimination ». Il appartient alors à la partie défenderesse de montrer l'absence de discrimination. Cette règle exige que l'employeur justifie la rupture de la période d'essai lorsque des éléments laissent suspecter un motif discriminatoire de rupture.

232. *Vers une obligation de justification du renouvellement de la période d'essai ?*

La Cour de cassation exclut toute exigence de justification pour la rupture de la période d'essai. Il est possible d'imaginer que la Cour de cassation pourrait dans un futur proche s'engager dans un contrôle des motivations non pas de l'utilisation des périodes d'essai, mais de leur renouvellement. La jurisprudence récente a déjà fortement circonscrit la possibilité de renouveler la période d'essai, en exigeant que celle-ci soit expressément prévue dans le contrat de travail ou dans la convention collective[675]. La Cour de cassation a prévu que la finalité de cette prorogation devait être strictement réservée à l'appréciation des capacités professionnelles du salarié[676]. Ainsi que le note M. le Conseiller Frouin, le renouvellement d'une période d'essai est une opération très suspecte : soit le salarié a donné satisfaction, soit il n'y est pas parvenu. Dans les deux cas, il n'est pas nécessaire de prolonger l'essai[677]. Son renouvellement ne pourrait donc être permis que si l'employeur montre que la durée de l'essai était insuffisante pour apprécier les aptitudes du salarié. L'impératif de justification pourrait donc, de *lege ferenda*, être étendu au renouvellement de la période d'essai.

---

672. JY Frouin, prec. p. 240

673. Seuls les employeurs qui invoquent un motif lors de la rupture de la période d'essai risquent donc une sanction : invocation d'un motif économique (Soc., 12 mars 1970, JCP 1970. II. 16548, note Groutel.), ou un motif extra-professionnel (Soc., 17 mars 1971, Bull. civ. V, n° 216 : mariage du salarié)

674. D. Jacotot, C. Bourrier, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, chr. P. 343 n° 25. Pour une critique plus radicale du droit positif cf. P. Auvergnon, *La rupture de la période d'essai*, Dr. soc. 1992, p. 796, pour qui les règles sur l'essai sont comme un « *archaïsme* », protégeant le « *droit de ne pas dire, dans l'intérêt de se taire* »

675. Soc., 10 novembre 1998, RJS 1998, n° 1442

676. Cf. Soc. 26 février 2002, Dr. soc. 2002, p. 993, obs. C. Roy-Loustaunau : l'essai avait déjà été effectué au cours d'un contrat à durée déterminé antérieur : l'employeur avait « déjà pu apprécier ses qualités professionnelles.

677. J. Y. Frouin, prec. p. 248

b) La transaction

233. *Validité des transactions en droit du travail*

La conclusion d'une transaction permet de faire échapper le licenciement à l'essentiel du contrôle des justifications.

L'application de cette convention aux relations de travail a été fortement contestée par la doctrine, en raison du développement des règles impératives sur la rupture du contrat de travail[678]. La Cour de cassation en a cependant proclamé la validité par un arrêt de principe du 18 mai 1953[679]. Le contrôle des motifs du licenciement aurait pu inciter à remettre en cause la validité de ces conventions, mais ce principe n'a jamais été mis en question dans la jurisprudence de la chambre sociale[680]. La Cour de cassation a, dans un premier temps, admis la validité des transactions sans se montrer exigeante quant aux conditions dans lesquelles cette convention pouvait être conclue. La période contemporaine est marquée par une politique plus ferme de la Chambre sociale. La validité des transactions est soumise au respect de garanties substantielles. Ce n'est que lorsque ces garanties sont respectées que la transaction peut produire son effet : soustraire partiellement la rupture du contrat de travail au contrôle judiciaire.

234. *Conditions substantielles de validité de la transaction*

La Cour de cassation s'est d'abord montrée peu exigeante sur les conditions de validité des transactions. La jurisprudence récente exige au contraire le respect de trois conditions : le caractère postérieur de la transaction à la rupture du contrat de travail, le respect des règles de la procédure préalable au licenciement, et l'existence de concessions réciproques.

En premier lieu, la Cour de cassation pose le principe que la transaction ne peut être conclue que lorsque le contrat de travail a été rompu[681]. Il ne suffit donc pas que le principe du licenciement soit acquis[682]. La rupture doit être « *intervenue et définitive* », c'est-à-dire qu'elle ne peut intervenir que lorsque le salarié a reçu la lettre notifiant le licenciement[683]. On peut cependant se demander si la construction de la Cour de cassation ne manque pas quelque peu de logique, car le caractère définitif de la rupture ne devrait être reconnu que lorsque le préavis a été exécuté[684]. Ce critère temporel résulte de l'article L. 122-14-7 qui interdit toute renonciation

678. G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, prec. n° 675

679. Soc., 18 mai 1953, Dr. soc. 1953, p. 602

680. Voir l'analyse de G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail*, D. 1975, Chr., p. 151 et p. 221

681. Soc., 20 juin 1995, Dr. soc. 1996, p. 35 ; Voir H. Blaise, *Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail*, Dr. soc. 1996, p. 32. Sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, admettant une concomitance entre rupture amiable et transaction, voir Soc., 14 janvier 1988, et la note de H. Blaise, *Une transaction sans concessions*, Dr. soc. 1988, p. 432

682. Soc., 31 octobre 1989, D. 1990, somm. p. 163, note A. Lyon-Caen

683. Soc., 29 mai 1996, Dr. soc. 1996, p. 687, note J. Savatier ; D. 1997, J. p. 49, note (critique) J.P. Chazal. Soc., 16 juillet 1997, Dr. soc. 1997, p. 977 obs. G. Couturier ; Soc., 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 80 obs. G. Couturier ; Soc., 2 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 415. Cette condition de la qualification de la transaction n'est cependant pas toujours soulevée par la Cour de cassation : voir Soc., 21 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 745, obs. G. Couturier (conclusion de la transaction le jour même de l'entretien de licenciement)

684. Cf. J.P. Chazal, prec. (I, B)

anticipée au bénéfice des règles sur le licenciement. La transaction ne peut donc être admise que lorsque le contrat de travail peut être considéré comme rompu. Cette règle conduit à distinguer la transaction et la rupture amiable. Alors que la rupture amiable porte sur la rupture même du contrat de travail, la transaction porte sur les conséquences du licenciement. Il en découle l'impossibilité de transiger antérieurement à la rupture du contrat de travail, ainsi que l'impossibilité de compter l'imputabilité de la rupture au rang des concessions que les parties peuvent faire[685].

La jurisprudence récente de la Cour de cassation semble dépasser l'exigence de la postériorité de la transaction par rapport à la rupture du contrat de travail, en exigeant en outre le respect de certaines règles procédurales du licenciement. Un arrêt du 7 décembre 1997 a exigé que le licenciement soit « *prononcé dans les formes légales* » pour que la transaction soit valide[686]. L'expression manque de précision : il faudrait déterminer ce qui, dans la procédure de licenciement constitue un « formalisme légal ». Pour l'heure, la Cour exige plus particulièrement le respect de deux règles. Elle impose d'abord le respecte de la notification du licenciement. Si la transaction est conclue avant celle-ci, la transaction est frappée de nullité[687]. La Cour exige ensuite que cette notification respecte les règles relatives à la motivation de la lettre de licenciement[688]

La troisième forte exigence de la Cour de cassation concerne l'existence de concessions réciproques. Cette exigence n'est pas véritablement formulée dans le Code civil, mais semble être de la nature de cette convention[689]. La notion de concession est cependant très peu précise. Les concessions englobent de manière large toute création[690] ou renonciation à des droits ou à des prétentions. La renonciation à des droits concerne aussi bien les droits d'agir que les droits substantiels[691]. L'objet des concessions est donc très large. La jurisprudence tend à développer un certain contrôle de la teneur des concessions effectuées. Dans la période récente, elle a exigé que le salarié reçoive une contrepartie au moins égale à celle qu'il aurait obtenue, compte tenu de la nature du licenciement prononcé. La Cour de cassation exige que les juges du fond ne se contentent pas de la qualification des faits donnée par les parties, mais qu'ils l'établissent au regard de la motivation de la lettre de licenciement[692]. Elle incite les juges à ne pas se tenir aux qualifications avancées par les parties, mais à restituer aux faits énoncés leur

685. Soc., 16 juillet 1997, Dr. soc. 1997, p. 977, obs. G. Couturier.

686. Soc., 2 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 29, ccl. P. Lyon-Caen ; 13 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 12

687. Soc. 18 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 783 obs. G. Couturier ; Soc. 18 février 2003, Dr. soc. 2003, p. 546 obs. G. Couturier

688. Soc. 27 février 1996, CSBP n° 81, A 40 : en absence de toute motivation de la lettre de licenciement, les concessions consenties par l'employeur dans la transaction ultérieure doivent correspondre au moins au montant de l'indemnité de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse

689. Voir C. Jarrosson, *Les concessions réciproques dans les conventions*, D. 1997, chr., p. 267 ; n° 9 à 16

690. Pour la validité d'une transaction par laquelle le salarié accepte une clause de non concurrence, voir Soc., 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 307 ; Soc., 5 janvier 1994, D. 1995, somm. p. 205, obs. Y. Serra ; D. 1994, J. p. 586, note C. Puigelier ; voir encore Soc., 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 749, obs. B. Gauriau

691. Cf. C. Jarroson, prec. n° 33 sqq.

692. Soc. 6 avril 1999, Dr. soc. 1999, p. 641, note B. Gauriau.

véritable qualification[693]. Si les faits invoqués par l'employeur ne sont pas susceptibles de constituer une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'employeur doit verser au salarié les indemnités qu'il aurait perçues dans chacun de ces cas. Lorsque l'employeur licencie pour une question de compétence professionnelle, il ne pourra ainsi pas transiger en invoquant l'absence de faute grave[694].

235. *La limitation du contrôle des justifications patronales*

Il serait erroné d'affirmer aujourd'hui que la conclusion d'une transaction permet de restaurer le caractère discrétionnaire du licenciement. Le contrôle de la validité des transactions autrorise un contrôle judiciaire, mais celui-ci demeure fort limité. Tel est d'ailleurs la fonction de cette convention. La jurisprudence est très nuancée sur cette question. La portée exacte du contrôle opéré par les magistrats sur ces conventions est difficile à cerner. Les directives données par la Cour de cassation semblent imposer aux juges du fond un contrôle minimal. Les juges doivent vérifier que la transaction comporte des concessions réciproques. A ce titre, la Cour de cassation impose un contrôle de la cohérence interne des transactions. L'employeur ne peut prétendre effectuer des concessions s'il n'octroie pas les indemnités auxquelles le salarié aurait eu droit s'il n'avait pas transigé. Ainsi, un salarié licencié pour une question de compétence doit-il au minimum obtenir des indemnités équivalentes à celles octroyées dans un licenciement pour une cause réelle et sérieuse. Le contrôle des concessions réciproques porte donc sur la cohérence de la motivation de la transaction. La Cour de cassation a cependant prohibé tout contrôle qui irait au-delà de cette cohérence. Elle impose ainsi de vérifier l'existence de motifs invoqués par l'employeur, mais elle leur interdit de « *se prononcer sur la réalité et le sérieux des motifs* » invoqués par l'employeur[695]. La Cour de cassation censure les décisions qui se livrent à un « *examen des éléments de fait et de preuve* »[696]. Par exemple, si la transaction invoque un licenciement pour motif économique, la Cour de cassation refuse que les juridictions puissent vérifier la réalité de la suppression d'emploi[697]. Les juges du fond ne doivent donc pas examiner les justifications des parties. Ils doivent se limiter au contrôle des prétentions des parties lors de la conclusion de l'acte. Ils n'ont pas à vérifier si ces prétentions sont justifiées[698]. Les directives fournies par la Cour de cassation aux juges du fond sont donc en apparence simples : les juges doivent limiter leur contrôle à celui de la réalité des concessions consenties par les parties, au vu de leurs prétentions. En revanche, il leur est interdit de discuter du bien-fondé de ces prétentions. De plus, le juge n'a pas la possibilité de contrôler la proportionnalité des concessions consenties par chacun. Les juges ne peuvent invalider une transaction qui ne comporterait que de faibles concessions[699].

---

693. Voir Soc., 21 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 745, obs. G. Couturier ; Soc., 6 avril 1999, prec.

694. Soc., 27 mars 1996, CSBP n° 81, A40, p. 178 ; voir à l'inverse Soc. 18 décembre 2001, Dr. soc. 2002, p. 361, obs. B. Gauriau (grief de supercherie et comportement générant une désorganisation de l'entreprise susceptible de recevoir une qualification de faute grave)

695. Soc., 27 février 1996, prec., CSBP n° 81, A 40

696. Soc., 21 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 745, obs. G. Couturier

697. Soc. 14 mai 2000, Dr. soc. 2001, p. 29 note G. Couturier

698. Soc., 27 mars 1996, prec.

699. Soc., 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 307.

La position de la Cour de cassation semble cependant hésitante. Au refus de contrôler l'équilibre de la transaction, elle pose trois limites. Elle autorise d'abord l'annulation des transactions dont les concessions sont dérisoires[700]. Elle admet ensuite l'annulation de certaines transactions pour erreur sur l'objet en donnant à cette notion une acception particulièrement large[701]. Enfin, dans le cadre des licenciements pour motif économique, elle a énoncé qu'il appartient à la juridiction de contrôler si l'employeur a « *satisfait à son obligation de reclassement* »[702]. Cette assertion nuance la volonté de ne pas contrôler la réalité du motif de licenciement.

Ces hésitations sur la place reconnues au contrôle des justifications dans le licenciement illustrent la difficulté à trouver la place exacte des modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail. Il est particulièrement délicat de déterminer la place qui peut être laissée à la renonciation à des règles d'ordre public. L'exigence de justification se trouve au cœur de cette protection offerte au salarié. Reconnaître à la transaction une place excessive reviendrait à ruiner une grande partie du caractère protecteur du droit du travail. La jurisprudence ne semble pas encore avoir trouvé de point d'équilibre satisfaisant sur ces questions.

c) Résiliation conventionnelle

236. *Un mode de rupture autonome du contrat de travail*

Malgré des objections dressées par la doctrine à l'égard de la rupture amiable du contrat de travail[703], le Code du travail admet la validité de ce mode de résiliation[704]. Des auteurs en déduisent que la résiliation conventionnelle peut *a fortiori* être admise comme un mode autonome de rupture du contrat de travail, en application de l'article 1134 alinéa 2 du Code du travail[705]. La jurisprudence de la Cour de cassation en admet largement la validité[706] . Des arrêts rendus à partir de 1995 ont permis de préciser les conditions de validité de la rupture conventionnelle. La Cour de cassation s'est livrée à un important travail de définition, permettant de distinguer la transaction et la rupture amiable du contrat de travail. Cette dernière est définie comme un accord par lequel les parties « *organi[sent] les conditions de la cessation de leurs relations de travail* »[707]. La rupture amiable se distingue ainsi de la transaction, accord conclu après la rupture du contrat de travail, et destiné à éluder le contentieux sur la rupture. Elle a pour objet même la rupture du contrat de travail : elle ne peut intervenir postérieurement à une décision unilatérale de l'une des

700. Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 749 obs. B. Gauriau

701. Soc. 24 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 358, note A. Jammeaud ; G. Couturier, Nullités de transactions, Dr. soc. 2001, p. 25

702. Soc. 27 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 27, note G. Couturier

703. J. Pélissier, Les départs négociés, Dr. soc. 1981, p. 235

704. Articles L. 122-3-8 (rupture des contrats à durée déterminée) et L. 321-6 (conventions de conversion)

705. Voir J. Savatier, *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 694

706. Soc. 2 décembre 2003, n° 01-46.176 et 01-46.540 : «*le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties* » ; Voir déjà en termes quasiment identiques Soc. février 1989, Bull. civ. V, n°104

707. Soc., 29 mai 1996, Dr. soc. 1996, p. 689, note J. Savatier ; voir encore Soc., 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 80, obs. G. Couturier.

parties[708]. La clarification des notions de transaction et de rupture conventionnelle opérée par la Cour de cassation permet d'invalider des accords combinant une rupture amiable et une transaction. Pour être qualifié d'accord de rupture amiable, la convention ne doit pas être postérieure à la rupture unilatérale du contrat, et doit avoir pour objet même la rupture du contrat. Elle se caractérise donc par l'*animus dissolavandi*, la volonté commune des parties de mettre fin au contrat de travail[709]. Elle est en conséquence impossible lorsque la convention est destinée à résoudre un litige entre les parties[710].

Il est toutefois en pratique difficile de distinguer la rupture amiable imputable à l'accord de volonté des parties et le licenciement, rupture imputable à l'employeur. Nombre de ruptures amiables sont consécutives à des appels à des départs volontaires par l'employeur, en échange du versement de sommes d'argent. Cette initiative de l'employeur ne suffit cependant pas à lui imputer la rupture : l'appel au volontariat constitue une pollicitation, et l'acceptation du salarié permet un accord sur la rupture[711]. Il arrive pourtant que l'employeur ne se contente pas de faire appel au volontariat, mais incite fortement certains salariés à quitter l'entreprise : la rupture lui est-elle alors imputable ? Les décisions de la Cour de cassation en la matière sont très nuancées. Un arrêt du 16 décembre 1998 a énoncé que la signature de l'accord de rupture faisant suite à une décision de suppression d'emploi s'analyse en un licenciement[712]. D'autres décisions admettent pourtant que de simples menaces de licenciement ne constituent pas une décision de suppression d'emploi[713]. Un arrêt du 2 décembre 2003 a même admis que l'annonce devant le comité d'entreprise de la suppression du poste du salarié ne suffisait pas à rendre la rupture imputable à l'employeur. La Cour note avec une surprenante candeur qu'en ce cas, le salarié « *n'est pas privé de la faculté de proposer à son employeur une rupture amiable de son contrat de travail*[714] ». La frontière entre la décision de licencier et son éventualité est des plus délicates.

Quelles que soient les difficultés de la qualification, la résiliation conventionnelle est un mode de rupture autonome du contrat de travail. Son régime permet largement d'éluder le contrôle des motifs de la rupture. Ce régime est distinct suivant que la résiliation intervient pour un motif personnel ou pour un motif économique.

237. *Régime de la résiliation conventionnelle pour un motif personnel*

La résiliation conventionnelle obéit pour l'essentiel aux règles du droit civil lorsqu'elle ne repose pas sur des considérations d'ordre économique. Dès lors que le salarié et l'employeur sont d'accord pour rompre le contrat de travail, ils peuvent le

708. Voir Soc., 2 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 415 : la rupture intervenue postérieurement à la tenue d'un entretien préalable, alors que le licenciement a déjà été décidé ne peut être qualifiée de rupture amiable.

709. R. Vatinet, *le Mutuus dissensus*, Rev. trim. dr. civ. 1987 p. 252, n° 12

710. Soc. 9 mai 2001, n°98-42615

711. R. Vatinet, id. n° 17.

712. Soc. 16 décembre 1998, n° 96-41917

713. Soc., 8 janvier 1985, Dr. soc. 1985, p. 701

714. Soc. 2 décembre 2003, Bull. civ., V, n° 308, prec.

faire dans des conditions qu'ils déterminent eux-mêmes[715]. L'employeur n'a aucune procédure à respecter, pas de préavis à exécuter, et nulle raison à fournir pour expliquer cette rupture[716]. Certaines décisions se montrent plus exigeantes sur la procédure en mettant à la charge de l'employeur l'obligation d'informer le salarié et de mener la négociation de la convention de bonne foi[717]. Aucun contrôle des justifications ne peut être opéré en présence d'un tel accord. Il est conclu aux seules conditions qu'il plaira aux parties. Il est possible que l'attraction des règles du licenciement conduise les parties à modeler leur accord en fonction de ce droit[718], mais aucune règle ne l'impose. Aucun contrôle judiciaire n'est organisé afin de préserver les droits des salariés en ce cas.

Cette absence de contrôle judiciaire est assez logique, dans la mesure où la décision doit être partagée par le salarié et l'employeur. Les risques d'une atteinte aux droits des salariés sont donc moindres qu'en présence d'une décision unilatérale de l'employeur. La validité de ce mode de rupture requiert une stricte surveillance de l'intégrité du consentement du salarié.

La résiliation conventionnelle pour motif personnel échappe donc à tout impératif de justification. Le régime de cette convention est plus exigeant lorsque la convention est conclue pour des raisons économiques.

238. *Régime de la résiliation conventionnelle conclue pour un motif économique*

Depuis la fin des années 1970, les entreprises ont développé des pratiques de départs volontaires de leurs salariés. Elles offrent aux salariés qui acceptent de quitter l'entreprise le bénéfice d'indemnités attractives. La rupture amiable permet alors aux entreprises de diminuer leurs effectifs pour des raisons économiques, sans procéder à des licenciements. Ces pratiques présentent des avantages indéniables pour les entreprises, qui cherchent à éluder la lourdeur des procédures de licenciement pour motif économique. Les salariés peuvent également y trouver intérêt, en raison de l'importance des compensations offertes[719]. Elles ne sont cependant pas sans danger, car elles risquent de soustraire l'opération à tout contrôle des institutions représentatives. Dans un contexte de pénurie d'emploi, l'importance des sommes versées aux salariés s'avère souvent illusoire.

A défaut d'un régime juridique spécifique à ce mode de rupture, le droit français demeure hésitant sur les règles qui lui sont applicables. Ces ruptures résultent de l'initiative de l'entreprise et sont motivées par des considérations économiques : il peut dès lors sembler opportun de leur appliquer une partie des règles propre au licenciement pour motif économique.

---

715. Par exception, la Cour de cassation exclut la possibilité de rupture amiable postérieurement à un constat d'inaptitude par le médecin du travail à l'issue d'une période de suspension consécutive à un accident du travail (Soc., 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 304) ou à une maladie non professionnelle (Soc., 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 315)

716. Voir Soc., 17 janvier 1985 (un employeur ne peut être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en présence d'une rupture amiable), annexé à la note de J. Savatier, D.S. 1985, 698, prec. ; Soc., 30 juin 1993, Dr. soc. 1993, p. 770 (aucun préavis n'est dû en présence d'un tel accord).

717. Soc. 21 janvier 2003, Dr. soc. 2003, p. 547, note G. Couturier

718. Voir J. Savatier, prec. Dr. soc. 1985, p. 696

719. Voir J. Savatier, id. p. 696

Le contentieux s'est d'abord concentré sur la licéité d'une telle opération, du temps où les licenciements pour motif économique étaient soumis à une autorisation administrative préalable. La Cour de cassation a d'abord considéré qu'une telle opération était illicite, car elle constituait une fraude aux règles sur l'autorisation administrative de licenciement. Elle était donc passible d'une sanction pénale[720]. La Chambre criminelle revint ultérieurement sur cette position[721]. Elle considéra que seule la démonstration d'une fraude de l'employeur permettait de le sanctionner. Celle-ci peut résulter d'un licenciement opéré au mépris d'un refus d'autorisation administrative. M. Savatier estime que ces opérations étaient en pratique soumises à des conditions très proches de celles du licenciement, les institutions représentatives et l'administration ayant été saisies au titre d'un plan social, dont les départs volontaires n'étaient que des mesures parmi d'autres[722].

239. La suppression de l'autorisation administrative de licenciement a posé en des termes différents la question des départs volontaires conclus pour des raisons économiques. Les suppressions d'emploi sont désormais soumises au double contrôle des institutions représentatives et du juge judiciaire. Il convenait de déterminer quel contrôle ces instances pouvaient opérer sur les opérations de rupture amiable conclues pour des questions économiques. La Cour de cassation a affirmé de manière ferme que l'employeur devait respecter la procédure spéciale de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'une « *opération de gestion du personnel, [tend], pour un motif économique, à la suppression de nombreux emplois* », quand bien même l'opération de réduction des effectifs privilégierait les départs volontaires[723]. La loi du 29 juillet 1992 entérina cette règle, en ajoutant à l'article L. 321-1 du Code du travail un second alinéa disposant que les règles du chapitre 1 du 3e livre du Code du travail s'appliquaient à « *toute rupture du contrat de travail* ». Les ruptures amiables conclues pour une raison économique sont donc soumises à la procédure de licenciement pour motif économique. Les arrêts ultérieurs à cette loi ont confirmé l'application de ce régime. Ils ont montré que la Cour de cassation est sur ce plan exigeante[724]. La Cour de cassation a infléchi ses exigences à l'égard des mesures de gestion prévisionnelles de l'emploi, en précisant que celles-ci n'étaient soumises qu'à l'application de la procédure ordinaire de consultation du comité d'entreprise, et non de la procédure de licenciement pour motif économique[725]. La Cour de cassation ne semble cependant pas avoir envisagé ici le cas des résiliations conventionnelles. Elle ne vise que des mesures exclusives de toute perte d'emploi pour le salarié telles que le passage à

720. Crim. 3 janvier 1980, et Crim. 3 juin 1980, Dr. soc. 1980, p. 235

721. Crim. 28 novembre 1984, Dr. soc. 1985, p. 703, note J. Savatier ; D. 1985 I.R. 436, obs. P. Langlois.

722. J. Savatier, prec., p. 696 sq.

723. Soc., 10 avril 1991 (CEPME), Bull. civ. V, n° 179 ; D. 1992, somm. p. 290, obs. M.A. Rotschild-Souriac.

724. Voir soc. 22 février 1995, Bull. civ. V, n° 68 ; Crim 29 novembre 1994 D. 1995, somm. p. 366, obs. I. Launay-Gallot. Le premier considère que le non respect de la procédure spéciale de licenciement dans le cadre d'un plan de départs volontaires constitue un trouble manifestement illicite qu'une juridiction de référé a le pouvoir de faire cesser. Le second affirme que le défaut de consultation des institutions représentatives sur un plan de départ volontaires est constitutive du délit sanctionné par l'article L. 321-11 du code du travail.

725. Soc., 12 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 17, prec. note 510

temps partiel, préretraites progressives, congés sans soldes, etc. Il n'y a donc pas lieu d'exclure la procédure de consultation spéciale pour des opérations de résiliation conventionnelle.

L'article L. 321-1 al. 2, conformément à la jurisprudence antérieure à sa rédaction, ne commande cependant que l'application des dispositions du chapitre 1er du livre 3 du Code du travail à toutes les ruptures opérées pour un motif économique. L'employeur est donc tenu de consulter le comité d'entreprise, d'édifier un plan de sauvegarde de l'emploi, et de demander l'avis de l'administration du travail. L'application des règles sur la priorité de réembauchage et l'ordre des licenciements aux ruptures amiables est plus discutée[726]. La Cour de cassation estime que les critères d'ordre du licenciement n'ont pas à être mis en œuvre dans une telle circonstance, étant donné qu'aucun licenciement n'a été décidé[727]. Il semble pourtant que ce contrôle serait souhaitable, à tout le moins lorsque l'employeur se réserve la faculté d'opérer une sélection parmi les volontaires au départ[728].

Pour le reste, l'article L. 321-1 n'assimile pas les résiliations conventionnelles à des licenciements pour motif économique, et n'impose pas non plus le respect des règles régissant les licenciements individuels. Le Code du travail n'impose donc ni la tenue d'un entretien préalable, ni la notification motivée de la rupture, ni le contrôle judiciaire de la légitimité de la rupture. Les auteurs affirment souvent que l'employeur est tenu d'offrir au salarié une compensation au moins équivalente à celle qu'il aurait reçue en cas de licenciement. Les règles légales ne l'imposent pas, et la jurisprudence manque sur ce point de certitude. Un arrêt du 5 mars 1986 ainsi qu'un arrêt du 2 décembre 2003 peuvent être cités à ce titre, mais leur motivation très factuelle exclut d'y voir une règle jurisprudentielle[729].

En ce qui concerne le contrôle des motifs, il semble que la conclusion d'une rupture amiable soit exclusive de tout contrôle des raisons d'une telle conclusion. L'employeur n'a donc pas à justifier des raisons économiques qui l'ont conduit à conclure cette convention. Il ne peut être condamné pour rupture sans cause réelle et sérieuse, si la cause économique n'est pas raisonnable[730]. Tout au plus peut-on

---

726. Voir F. Duquesne, *Départs volontaires et procédures de licenciement économique*, Dr. soc. 1995, p. 576, n° 14 sqq.

727. Soc. 10 mai 1999, Bull. civ., V, n°202, JCP, ed. G, 2000, p. 146, note F. Duquesne.

728. Sur l'importance de cette règle dans l'ordre juridique français, H.J. Legrand, *L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi*, Dr. Soc. 1995, p. 243

729. Soc., 6 mars 1986, Bull. civ. V, n° 60. La Cour de cassation estime que la Cour d'appel « *a pu déduire* » d'une convention exempte de vices du consentement, consacrant la rupture immédiate du contrat de travail et comportant des concessions réciproques, que cette convention était licite et obligatoire pour les parties. De même, Soc. 2 décembre 2003, Bull. civ., V, n° 308 : le salarié demandait le versement de sommes liées à son prétendu licenciement pour motif économique. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre la décision qui avait refusé d'y faire droit en énonçant que le contrat avait été rompu par une « *convention de résiliation amiable préservant ses droits aux indemnités de rupture* ».

730. Il convient toutefois de réserver le cas, aujourd'hui historique, des conventions de conversion, devenu sans objet depuis l'abandon de son financement par les partenaires sociaux (Convention d'assurance chômage du 1er janvier 2001. Ce mode de rupture spécifique du contrat de travail était en pratique soumis à l'essentiel des règles sur le licenciement : le juge était habilité à en contrôler le motif économique (Soc., 29 janvier 1992, Bull. civ. V, n° 52), l'ordre des licenciements (Soc., 19 mars 1998, Bull. civ. V, n° 163 ; Soc., 17 juin 1997, Bull. civ. V, n° 222) et le respect de l'obligation de reclassement (Soc., 19 mars 1998, Bull. civ. V, n° 163)

imaginer qu'il n'est pas impossible pour le salarié d'invoquer une erreur sur la cause de la conclusion de la convention, afin d'en demander l'annulation[731]. Ce sera néanmoins à lui de montrer que la situation économique à l'origine de la rupture ne pouvait constituer une cause légitime de rupture.

d) L'insuffisance de résultats

240. Contractualisation du jugement d'aptitude

Le droit français admet la validité d'accords qui mettent à la charge du salarié l'obligation de parvenir à un résultat déterminé par avance. Ces clauses influent sur la justification du licenciement. Plus précisément, elles influent sur la manière dont peut être appréciée l'aptitude professionnelle du salarié. Ces clauses emportent une contractualisation du jugement d'aptitude. Par leur insertion dans le contrat de travail, les parties conviennent par avance que l'insuffisance professionnelle des salariés pourra être prouvée par l'établissement de l'absence du résultat stipulé. Ces stipulations ne permettent pas d'exclure entièrement l'exigence de justification. L'employeur doit toujours soumettre son choix à une procédure, et, au fond, cette mesure doit toujours procéder d'une cause réelle et sérieuse. Cependant, l'établissement de cette dernière est facilité par un accord sur les éléments qui permettront de la prouver.

Ces clauses ont donc une portée très importante. Aussi la Cour de cassation est-elle demeurée remarquablement prudente, tant sur leur validité que sur leurs effets. En premier lieu, la Cour de cassation semble admettre la validité de ces clauses. Elle accepte la fixation de résultats chiffrés, telle la détermination d'un chiffre d'affaires ou de quotas à atteindre pour un représentant[732]. La Cour de cassation semble un temps avoir envisagé l'accord du salarié comme condition de validité de ce genre de clauses[733]. Le renforcement ultérieur du contrôle des justifications des licenciements opérés de ce chef semble avoir conduit la Cour à considérer que l'employeur peut fixer unilatéralement des objectifs pour les salariés qu'il emploie[734].

D'un point de vue théorique, la validité de telles clauses est sujette à débat. L'article L. 122-14-3 confie au juge la mission d'apprécier le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement. C'est donc au juge que revient, conformément au droit commun de qualifier cette cause[735]. Il est admis en droit du travail que les opérations de qualification sont d'ordre public : les volontés particulières ne peuvent ici influer sur ces qualifications. La Cour de cassation considère donc que les juges

731. Cf. Soc. 27 janvier 1998, n°94-44951

732. Ces clauses sont le plus souvent expressément stipulées dans le contrat de travail. Voir également, admettant que ces clauses peuvent être implicites dans les contrats de travail des commerciaux CA Paris, 21° ch. A., 11 février 1997 RJS 7/97, n°900.

733. Soc., 27 avril 1994, D. 1995, somm., p. 359, obs. G. Borenfreund

734. Soc. 18 avril 2000, Bull. civ., V, n°138 (l'absence de réalisation d'objectifs unilatéralement fixés par l'employeur ne constitue pas un motif de licenciement), et Soc. 22 mai 2001, Bull. civ., V, n° 180 : « les bojectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ». Certaines décisions ont même admis que les clauses de résultat pouvaient émaner d'un acte unilatéral… du salarié lui-même : les objectifs que le salarié s'était lui-même fixés, et qu'il n'était pas parvenu à atteindre par la suite peuvent justifier un licenciement : CA Versailles, 20 octobre 1996, 15° ch. RJS 7/97n° 901. Bel exemple d'aliénation par le travail !

735. Article 12 du Nouveau Code de procédure civile

ne sont pas liés lorsque les parties s'accordent par avance sur les causes susceptibles de justifier un licenciement[736].

La Cour de cassation a longtemps reconnu une portée importante à ces clauses. Elle a affirmé en 1986 que l'insuffisance des résultats par rapport aux quotas prévus au contrat constitue « *en principe (...) un motif réel et sérieux de licenciement* »[737]. Elle réservait uniquement l'hypothèse de la fraude de l'employeur[738].

241. Le reflux de l'insuffisance de résultat

Les évolutions jurisprudentielles montrent que ces clauses sont considérées avec une suspicion croissante par la Cour de cassation. L'abandon de l'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs du licenciement a d'abord laissé aux juges du fond une plus grande marge de liberté dans le contrôle de ces clauses[739]. Par la suite, la Cour de cassation a posé des règles de plus en plus rigoureuses. La clause ne pouvait produire effet lorsque l'insuffisance pouvait être imputée à des défaillances d'organisation de l'entreprise[740].

Par un arrêt important en date du 3 février 1999, la Cour de cassation a encore réduit la portée des clauses de résultat[741]. La Cour affirme que « *l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement* ». En l'espèce, la Cour d'appel a pu considérer les objectifs « *très difficiles à atteindre compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre du salarié* ». Elle a pu en déduire l'absence de cause réelle et sérieuse. De façon encore plus claire, des décisions ultérieures ont énoncé que « *l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement* »[742]. Il appartient donc aux juridictions du fond de rechercher si le fait de ne pas avoir atteint le résultat résulte d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute imputable au salarié[743]. La référence à l'insuffisance de résultat dans la lettre de licenciement constitue pourtant l'énoncé d'un motif suffisamment précis[744].

Comment apprécier cette jurisprudence au regard du contrôle des prérogatives patronales ? Les décisions récentes de la Cour de cassation invitent les juges du fond à exercer le pouvoir de contrôle qu'ils tiennent de l'article L. 122-14-3 pour apprécier le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement. Elle censure les décisions qui se refusent à une telle appréciation en énonçant que le seul fait de ne pas atteindre les résultats convenus constitue une cause réelle et sérieuse[745]. Le

---

736. Soc., 6 février 1990, Bull. civ. V, n° 40 : la Cour souligne que l'article L. 751-7, applicable aux VRP est d'ordre public : il appartient donc au juge non seulement de constater la réalité des faits, mais d'en apprécier la gravité ; voir également Soc. 14 novembre 2000, Bull. civ., V, n° 367 : « *aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement.* »

737. Soc., 20 février 1986, Bull. civ. V, n° 26 ; Soc., 18 mars 1986, Bull. civ. V, n° 90

738. Soc., 18 mars 1986 prec.

739. G. Borenfreund, D. 1995, Somm. p. 359

740. Soc., 17 déc. 1987, D. 1988. Somm., p. 320, obs. A. Lyon-Caen ; Soc., 8 nov. 1989, Bull. civ. V, n°653 ; Soc., 22 septembre 1993, D. 1994, somm. p. 305, obs. C. Gendraud

741. Soc., 3 février 1999, Bull. civ. V, n° 56

742. Soc., 23 février 2000, n° 98-40.482 ; Soc. 3 avril 2001, Bull. civ., V, n° 117

743. Soc. 12 février 2002, Bull. civ., V, n°65 ; Soc. 3 avril 2001, Bull. civ., V, n° 117

744. Soc. 3 décembre 2003, n° 01-45039

745. Soc., 31 mars 1999, JS Lamy, 36/00, p. 25

contrôle exigé par la Cour de cassation semble double. En premier lieu, la Cour exige que les objectifs fixés par l'employeur aient un caractère raisonnable[746]. Elle requiert par ailleurs que la cause de l'insuffisance de résultat soit établie : il appartient à la juridiction de déterminer si elle procède d'une faute imputable au salarié ou de son insuffisance professionnelle[747]. Cette exigence permet probablement à la fois de déterminer les règles sur le licenciement applicables (cause qualificative) et de contrôler la réalité et le sérieux de la cause de licenciement (cause justificative). Au cœur de ce contrôle réside une exigence d'imputabilité : le manquement au résultat prévu doit être attribué au seul salarié, à défaut de quoi les motifs de la rupture auraient un caractère économique[748].

Pour autant, ce contrôle ne pourra véritablement porter sur la proportionnalité de la mesure, sur la nécessité de licencier le salarié en raison de l'absence d'atteinte d'un résultat « raisonnable ». Le contrôle des justifications est donc amoindri par rapport au contrôle normal. La fixation d'une clause de résultat permet de fixer les éléments sur lesquels portera le jugement d'aptitude. Si les objectifs fixés sont raisonnables, les juges n'auront pas à s'interroger sur d'autres éléments de la relation entre le salarié et l'entreprise ou sur la situation de l'entreprise. Si les clauses de résultat ont perdu beaucoup de leur efficacité, elles permettent toujours aux entreprises de s'affranchir d'une partie du contrôle judiciaire.

242. Conclusion : le domaine de l'exigence de justification

Il est difficile de trouver une cohérence qui unisse les normes qui exigent de justifier certains choix, et qui permette de séparer celles-ci de celles qui laissent à l'employeur un pouvoir discrétionnaire. Une seule chose est sûre : la politique jurisprudentielle réduit l'étendue du pouvoir discrétionnaire.

L'article L. 120-2 peut permettre *a posteriori* de caractériser les prérogatives soumises à l'exigence de justification[749]. L'employeur doit justifier ses choix chaque fois qu'ils sont susceptibles de porter atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles ou collectives. Le domaine de l'exigence de justification devrait donc être fonction de la gravité des conséquences des choix patronaux, tant en terme de risque d'une atteinte aux droits, que d'une atteinte aux libertés.

243. Conclusion du Titre 1

L'exigence de justification est originale au sein de l'ordre juridique. Les règles du droit civil ignorent pour l'essentiel une telle obligation. La prohibition des mobiles illicites s'est développée depuis le XIXe siècle avec le mouvement de

746. Soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 143 : les juges du fond doivent vérifier si les objectifs sont « *raisonnables et compatibles avec le marché* ». ; des décisions ultérieures n'ont pas retenu ce qualificatif, mais celui d'objectifs « réalistes » (Soc. 22 mai 2001, Bull. civ., V, n°180, prec. et Soc. 13 mars 2001, Bull. civ., V, n°86. On pourra se demander si ces deux termes sont synonymes ou si le changement de terme est le signe d'un allégement du contrôle judiciaire.

747. Soc. 2 avril 2003, n° 01-41815

748. Voir notamment Soc. 14 mai 2003 n° 01-42648 : « *l'insuffisance de résultat ne caractérise une cause de licenciement que si elle est due à une carence du salarié* » ;

749. Sur le caractère interprétatif de l'article L. 120-2 cf. supra n° 161

« *contrôle des droits* », mais n'a jamais abouti à une exigence de justification hors du droit du travail. Nulle part ne s'est développée une telle combinaison de règles de procédure et de règles processuelles qui permette l'exigence d'une explicitation des raisons d'agir afin de les soumettre à un contrôle judiciaire effectif.

L'introduction d'une exigence de justification par la loi du 13 juillet 1973 a permis une rupture significative avec les règles antérieures. La nouvelle rationalité juridique qu'elle impose s'est ensuite répandue dans le droit du travail avec une vigueur étonnante. Les actes juridiques, les actes matériels, les actes individuels et les actes collectifs connaissent peu ou prou un impératif de justification. Tous les actes du chef d'entreprise ne sont cependant pas soumis à cette exigence. Le droit protège le pouvoir discrétionnaire de l'employeur en certaines matières, mais son domaine tend très clairement à diminuer dans le droit contemporain.

La notion de justification étant identifiée, et son domaine étant déterminé, le régime juridique de cette obligation doit être précisé.

Titre 2

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

244. La justification s'entend de l'obligation d'énoncer les raisons d'un acte dans le but de les soumettre au contrôle d'un for externe. Quelles sont les règles imposées à l'employeur pour énoncer ces motifs ? Il convient de préciser le régime, c'est-à-dire l'ensemble des règles applicables à cette obligation[750]. Cette notion présuppose que l'ensemble considéré est pourvu de cohérence : celle-ci sera mise en avant afin de montrer la logique qui gouverne le groupe de normes considéré.

Les règles applicables à la justification peuvent être étudiées sous deux aspects. En premier lieu, il convient de comprendre à quelle conduite elles obligent l'employeur (chapitre 1). En second lieu, il faudra rechercher à quelle sanction s'expose l'employeur s'il ne respecte pas le modèle de conduite qui lui est ainsi imposé (chapitre 2).

Chapitre 1.Le modèle de conduite imposé à l'employeur

Chapitre 2. La sanction de la violation de l'exigence de justification

750. G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° *Régime*

Chapitre 1

LE MODÈLE DE CONDUITE IMPOSÉ À L'EMPLOYEUR

245. Distinction des règles de conduite et des règles processuelles

La justification oblige l'employeur à se conformer à deux modèles de conduite bien distincts. Il est tenu d'expliciter les raisons de ses actes devant les salariés, par exemple au cours de la procédure préalable au licenciement ou de la procédure consultative du comité d'entreprise. Les règles qui imposent cette conduite sont des *règles pour l'action*, destinées à conformer le comportement des particuliers à un modèle défini par les autorités étatiques[751]. L'employeur est par ailleurs tenu de dévoiler les raisons de ses choix devant les juges en cas de litige. Les règles applicables sont ici des *règles processuelles*. Elles sont essentiellement tournées vers le but d'une réalisation des droits conférés aux individus[752]. Elles permettent donc la sauvegarde d'un ensemble de droits reconnus au justiciable : principe du contradictoire, droit à la preuve, impartialité du juge, etc. La compréhension du fonctionnement de toute règle de droit exige de comprendre comment se combinent ces deux séries de règles.

246. La difficulté propre à l'exigence de justification réside cependant dans le fait que cette combinaison des règles processuelles et des règles pour l'action est très souvent imparfaite. Certaines normes imposent un modèle complet, combinant ces deux séries de règles, à l'instar des règles sur le licenciement et de celles sur les sanctions disciplinaires. D'autres règles ne comportent qu'une seule de ces deux dimensions. Les traitements inégaux ne doivent pour l'essentiel être justifiés que dans le cadre d'un litige. A l'inverse, les règles sur la consultation du comité d'entreprise imposent au chef d'entreprise de justifier ses choix, mais n'autorisent pas le contrôle par les juridictions de la légitimité des motifs invoqués.

Il conviendra dès lors d'étudier séparément les règles processuelles (section 2) et les règles « *pour l'action* », qu'il est plus précis de comprendre comme des règles de procédure non contentieuse (Section 1).

Section 1. Les règles de la procédure non contentieuse.

Section 2. Les règles de la procédure contentieuse

---

751. Cf. A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chr., p. 207

752. cf Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, T.1, 1961, p. 11 : le droit judiciaire privé est « *l'ensemble de moyens destinés à garantir aux particuliers l'efficacité* » de leurs droits. Certains auteurs évoquent de manière significative un « *droit réalisateur* » Cf. L. Cadiet, Droit judiciaire privé, nº 12 sq.

SECTION 1. LES RÈGLES DE LA PROCÉDURE NON CONTENTIEUSE.

247. Notion de procédure non contentieuse

La notion de *procédure non contentieuse* est empruntée au droit administratif, domaine dans lequel d'importantes contributions doctrinales sont à relever[753]. Les auteurs de cette branche du droit la définissent comme « *la branche du droit administratif qui régit l'opération d'édiction de l'acte administratif* »[754].

Il n'est pas aisé de transposer en droit privé la notion de procédure. Malgré l'emploi de ce terme dans le langage du droit[755], certains auteurs sont réservés à l'égard de son utilisation en droit du travail. Dans une étude fort roborative, M. Lagarde considère ainsi que son emploi en dehors de son « *domaine naturel* », que constitue le contentieux, relève d'un simple « *plaisir des mots* »[756]. Il ne renverrait alors qu'à une « *grande armoire conceptuelle dans laquelle sont rangées des choses bien dissemblables* »[757]. Selon cet auteur, il est problématique de distinguer la forme et la procédure[758]. Cette vision paraît trop étroite. Les règles de la procédure n'exigent pas le simple respect d'un formalisme destiné à simplifier le régime de preuve, ou à éclairer un contractant sur la portée de ses engagements. Elles traduisent une conception différente de l'acte juridique, qui n'est plus tant un acte de volonté qu'un acte de raison, et doit en tant que tel être précédé d'une explicitation et d'un débat. La procédure, contrairement à la forme, n'est pas le simple habillage d'une décision déjà arrêtée, mais elle participe au processus de production des décisions de l'employeur[759].

Il ne semble donc pas excessif de dire que la production des actes soumis à justification doit être précédée par le respect d'une procédure, dont la nature est différente de celle des règles de forme. De son acception en droit judiciaire privé, le terme *procédure* conserve l'idée d'une succession « *de formalités ou de démarches [nécessaires] pour obtenir un résultat quelconque* »[760].

---

753. J.M. Auby, *La procédure administrative non contentieuse*, D. 1956, chr. p. 26 ; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968

754. G. Isaac, prec., nº131. De manière plus large, M. Auby se réfère à la fois aux « *éléments antécédents ou subséquents* » aux actes administratifs. Elle englobe donc non seulement les règles qui régissent l'édiction de ces actes, mais encore celles qui assurent l'application de cet acte (prec. p. 327). La définition plus étroite que propose M. Isaac semble plus précise, et peut plus aisément être transposée en droit privé.

755. article L.122-14-4

756. X. Lagarde, *Réflexion de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de motivation*, Dr. soc. 1998, p. 899

757. idem.

758. Idem. Contra cf. A. Lyon-Caen, D. 1997, J. p. 171

759 cf. E. Lafuma, Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décisionde l'employeur en droit du travail, Thèse, Université Paris-X-Nanterre, 2003

760. J. Héron, Droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n° 2. Cet auteur souligne que l'utilisation de ce terme ne doit pas être réservé au droit judiciaire privé.

L'étymologie enseigne que le terme de procédure renvoie à l'idée de progression, d'aller en avant (Dictionnaire historique de la langue française, ed. Le Robert, prec.)

Dans le domaine qui nous intéresse, la procédure peut être définie comme l'ensemble des « *règles qui gouvernent l'élaboration des actes juridiques* »[761]. Comme nous l'avons vu, cette procédure concerne également la production de certains actes matériels[762]. La procédure sera définie comme l'ensemble des règles qui gouvernent l'élaboration des actes juridiques ou matériels.

248. Caractère non contentieux de cette procédure

Cette procédure est désignée indifféremment comme une procédure non contentieuse ou comme une procédure pré-contentieuse[763]. Les deux expressions doivent être tenues pour équivalentes. Ces deux dénominations montrent bien la double fonction de cette procédure. Non contentieuse, cette procédure doit être envisagée comme une règle de conduite. Elle a vocation à modeler les comportements des sujets de droit en dehors de tout litige. Pré-contentieuse, elle joue un rôle très important dans l'éventualité de la survenance d'un litige. Elle permet à la fois de fixer les mobiles de l'employeur et d'en faciliter la preuve par le salarié.

249. Le modèle du procès équitable

Les procédures pré-contentieuses ont longtemps été conçues comme de simples règles formalistes régissant des actes juridiques particulier. La tentation de nombreux auteurs contemporains est cependant de rattacher ces règles à un principe plus large, celui du droit à un procès équitable[764]. La protection de ce droit fondamental serait telle que le modèle procès équitable tendrait à s'étendre au-delà des prodédures juridictionnelles, à toutes les décisions « *de nature à nuire à son destinataire* », ou lorsque une personne dispose du pouvoir « *d'attenter aux droits fondamentaux* »[765] . Ces auteurs considèrent que ce modèle s'appliquerait aux procédures administratives, aux procédures disciplinaires, ainsi qu'aux atteintes portées au droit à l'emploi. Le modèle du procès équitable engendrerait dans ces « *procédures sans procès* » le nécessaire respect de garanties formelles (« *principe du dialogue* » et motivation des actes juridiques) et substantielles (principe de proportionnalité)[766].

La richesse de cette hypothèse mérite attention. Sans doute, comme le soulignent les auteurs, peut-on retrouver des règles communes à ces différentes procédures. Il est cependant sans doute prématuré d'affirmer que le modèle du procès équitable consitue autre chose qu'une « puissante source d'inspiration[767] »

---

761. R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ 1996. nº 356

762. supra, nº 109

763. Mme Lafuma, désireuse de donner toute sa portée à la reconnaissance des procédures en droit du travail, a préféré désigner cette procédure comme une « procédure interne », cf. E. Lafuma, Thèse prec., n°14. Dans la perspective d'une étude de la justification des actes de l'employeur, l'aspect peut davantage être mis sur le lien profond qui unit la procédure et le contentieux qui peut ultérieurement naître sur la légitimité de ces actes.

764. Voir X. Lagarde in S. Guinchard et alii, Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès civil 2e ed., Dalloz, 2003, n° 628 sqq. ; adde J.F. Burgelin, J.M. Coulon, M.A. Frison-Roche, L'office de la procédure, in Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 253 ; G. Rouhette, L'ordre juridique processuel, Réflexions sur le droit du procès, Mélanges Raynaud, Dalloz 1985, p. 687

765. X. Lagarde, prec., n° 628 et n° 630

766. id. n° 629 et 632

767. id. p. 991, note 3

pour les procédures en droit du travail. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a admis l'application de l'article 6 de la Convention européenne qu'à des procédures disciplinaires, dans lesquelles les Conseils de discipline ont le pouvoir de prononcer des interdictions professionnelles[768]. Plus que la simple protection du droit à l'emploi, la Cour prend en considération le pouvoir des ordres professionnels de prononcer des interdictions professionnelles : il s'agit là d'une « *ingérence directe et substantielle dans l'exercice du droit de continuer à pratiquer* » une profession. L'ordre professionnel se voit attribuer des fonctions juridictionnelles premettant l'application des règles de la profession. Cette situation diffère nettement de celle de l'employeur qui prend une décision dans l'interêt de son entreprise. La procédure est ici préalable à une décision que l'employeur prend lui-même[769]. L'application des règles sur l'impartialité n'a pas de sens ici. Le respect de la contradiction et des droits de la défense est peut être davantage envisageable.

La Cour de cassation ne se montre pourtant pas hostile au principe de l'application du droit à une procédure équitable aux procédures disciplinaires en droit du travail. Un pourvoi l'a saisie de la question de l'application des règles de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme à des procédures disciplinaires conventionnelles. La Cour de cassation s'est contentée de rejeter ce pourvoi en reconnaissant que la procédure en question ne méconnaissait pas ces stipulations[770]. Cette motivation peut se prêter à deux lectures contradictoires. Elle peut d'abord signifier qu'elle accepte de soumettre l'ensemble des procédures non contentieuses aux règles de l'article 6-1. Elle peut plus probablement montrer une simple précaution à l'égard des juges de Strasbourg, et formellement reconnaître l'application de l'article 6-1 sans en tirer de véritables conséquences. La Cour de casssation ne précise nullement les règles que ces procédures devraient respecter. Il est possible que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg oriente davantage à l'avenir l'interprétation que la Cour de cassation donne aux procédures pré-contentieuses.

Pour l'heure, il semble plus pertinent de relever la double fonction reconnue à ces procédures. Elles organisent un débat sur les raisons d'agir de l'employeur (§ 1). Elles permettent en outre de fixer les mobiles qui animent l'employeur (§ 2).

---

768. Voir notamment CEDH Van Leuven et De Meyere c/Belgique du 23 mai 1981,Série A n° 43 sur la suspension du droit de la pratique médicale par un ordre des médecins

769. Cf. Sur ce point E. Lafuma, Thèse prec., Introduction.

770. Soc. 3 décembre 2002, Bull. civ. V, n°362

§1. ORGANISATION D'UN DÉBAT SUR LES RAISONS D'AGIR DU CHEF D'ENTREPRISE

250. Les règles de la procédure non contentieuse ont pour finalité essentielle d'exiger de l'employeur qu'il dévoile les raisons de ses choix aux salariés. L'explicitation et la transparence ne seraient pas complètes si elles se limitaient à une simple indication du motif. Les règles de la procédure permettent un exposé plus complet en exigeant que les raisons soient soumises à un débat contradictoire entre l'employeur et le destinataire de l'acte.

Il convient de préciser les règles applicables à ce débat, au regard de la détermination des parties (A), du caractère préalable du débat par rapport au choix (B), et de son déroulement (C).

Les développements qui suivent n'ont pour objet que de relever les aspects de la procédure pré-contentieuse notables au regard de l'exigence de justification. Ils n'ont pas pour vocation de dresser un tableau exhaustif et détaillé de ces règles fort connues des spécialistes du droit du travail.

A. DÉTERMINATION DES PARTIES

251. Il pourrait *a priori* sembler que la détermination des parties participant au débat sur la justification des choix est évidente. L'employeur est débiteur de l'obligation de justifier, les salariés concernés par la mesure en sont les bénéficiaires. L'établissement d'un véritable dialogue exige cependant que soit fixée avec plus de précision l'identité de chacun des protagonistes.

1. Partie patronale

252. Importance de la détermination de la partie patronale.

L'obligation de justifier a jusqu'ici été étudiée comme incombant à l'employeur ou au chef d'entreprise. Il convient maintenant de préciser ce que désignent ces deux expressions. La première désigne la personne physique ou morale partie au contrat de travail. La seconde vise plus particulièrement la « *personne physique qui assure au plus haut niveau la direction de l'entreprise* »[771]. Cette notion semble donc plus précise que la précédente. Elle permet de déterminer la personne physique qui devra être présente. Dans une société anonyme, ce sera le président du conseil d'administration ou le président du directoire le cas échéant, le gérant dans une société à responsabilité limitée ou dans la société en nom collectif. En revanche, le terme d'employeur ne permet pas de désigner l'interlocuteur chargé de représenter la personne morale.

Claire en théorie, la distinction entre le chef d'entreprise et l'employeur s'avère en pratique des plus délicates. Les termes sont souvent employés sans véritable précision dans le langage du droit et dans celui des juristes. La pratique des délégations de pouvoir du chef d'entreprise et l'acceptation très souple de la représentation de l'employeur conduit à relativiser la signification de ces termes..

771. G. Couturier, prec. T2 n° 16 ; adde B. Teyssié, *L'interlocuteur des salariés*, Dr. soc. 1982, p. 41 ; I. Vacarie, L'employeur, Sirey, 1979

Ces deux notions constituent toutes deux des mécanismes d'imputation, permettant d'attribuer à l'entreprise les droits et obligations contractés à l'égard des salariés. Elles permettent toutes les deux des mécanismes de représentation octroyant à des mandataires le pouvoir de représenter l'entreprise.

La détermination de la personne habilitée à représenter l'entreprise est d'une grande importance et doit donc être précisée. Dans le dialogue sur les raisons des choix opérés par l'entreprise, il est requis de savoir si le débat va être mené par le chef d'entreprise lui-même ou par un simple chef de service dépourvu de tout pouvoir autonome. Il est possible d'estimer que le premier dispose d'une meilleure connaissance de la rationalité de la mesure envisagée, et qu'il a davantage de pouvoir pour renoncer à cette mesure ou la modifier.

a)Relations collectives

253. Consultation du comité d'entreprise

Dans le cadre de la procédure de consultation du comité d'établissement, les règles sur la composition du comité d'entreprise déterminent la personne qui doit représenter l'entreprise. Selon l'article L. 433-1, le Comité d'entreprise est présidé par le chef d'entreprise. La Cour de cassation admet cependant la possibilité pour celui-ci de se faire remplacer, de manière temporaire ou permanente, pourvu qu'il confère au mandataire un mandat exprès[772]. Il est cependant à noter que les magistrats contrôlent cet acte de représentation. Un arrêt de la Chambre criminelle a ainsi refusé de censurer un arrêt qui avait condamné pour délit d'entrave un employeur ayant désigné un représentant n'ayant « *ni qualité ni pouvoir pour informer et consulter* » le comité[773]. Ainsi s'affirme l'idée selon laquelle seul un représentant qualifié, disposant d'une certaine autonomie, et d'un certain pouvoir est habilité à représenter le chef d'entreprise. Cette exigence peut également être repérée dans les règles relatives à la constitution et à la compétence des comités d'établissement.

254. Comité d'établissement

La constitution d'un comité d'établissement n'est admise que lorsque le chef d'établissement dispose d'un pouvoir significatif. Le Conseil d'État, compétent dans les litiges relatifs à la division de l'entreprise en établissements distincts[774] conditionne la mise en place des comités d'établissement à la délégation de compétences au chef d'établissement permettant à ces institutions de remplir leur mission[775]. Cette règle traduit la nécessité pour le chef d'établissement de détenir un certain pouvoir sur les mesures qu'il soumet à la consultation du comité, faute de quoi cette consultation serait dépourvue d'intérêt.

Les règles sur la détermination des compétences respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement reflètent une semblable préoccupation. L'article L. 435-2 al. 3 borne la compétence de ces derniers aux

772. Soc., 9 janvier 1948, Bull. Civ. n° 49

773. Crim. 20 février 1996, Bull. crim. n° 81

774. L. 435-4 C. Trav.

775. CE 27 mars 1996, RATP, Dr. soc. 1996, p. 938, Ccl. Maugüé. La création des comités d'établissements est possible dès lors que ceux-ci présentent « *en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose leur directeur, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service » ;* voir de même CE 6 mars 2002, RJS 2002, n°834

« *limites des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements* ». De même, lorsque le licenciement procède d'un motif économique, la loi prévoit la consultation à la fois du comité central d'entreprise et les comités d'établissement intéressés lorsque la mesure excède le pouvoir des chefs d'établissement[776].

Ces règles expriment une même exigence : celle d'un interlocuteur des salariés disposant d'informations suffisantes pour pouvoir expliquer les raisons des choix effectués. Elles nécessitent en outre un pouvoir de décision à l'égard de la mesure envisagée.

Plus délicate est la détermination de l'interlocuteur des salariés lorsque la décision prise relève d'une autorité supérieure à celle du chef d'entreprise.

255. Décision prise à un niveau supérieur à l'entreprise

Il arrive fréquemment que le comité d'entreprise doive être consulté sur des choix qui n'ont pas été effectués par le chef d'entreprise, mais par des décisions imposées par des tiers. L'intégration de la société à un groupe conduit ainsi ce dernier à imposer des choix ou des orientations que le chef d'entreprise ne maîtrise pas. Force est de constater que notre droit demeure peu protecteur des salariés en cette matière. Les dispositions sur les comités de groupe demeurent trop restrictives, tant en ce qui concerne leur création (article L. 439-1) que les questions sur lesquelles ils sont consultés (art. L. 439-2). Lorsque la décision est extérieure à un groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1, le débat avec l'auteur de la mesure semble impossible.

La seule exception notable concerne les cas d'offres publiques d'échange ou d'achat[777]. La loi sur les Nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a renforcé les droits des comités d'entreprise en la matière. L'article L. 432-1 bis prévoit la possibilité pour le comité d'entreprise dont la société fait l'objet d'une telle mesure de procéder à l'audition de l'auteur de l'offre ainsi que l'obligation pour ce dernier d'adresser la note d'information prévue à l'article L. 621-8 du Code monétaire et financier. Dans tous les autres cas, il est à craindre que le débat avec l'auteur véritable de la mesure ne soit éludé. Un client ou un fournisseur exclusif de l'entreprise peut par exemple lui imposer de modifier l'organisation du travail ou les technologies de production ou de distribution. En ce cas, la décision du chef d'entreprise serait contrainte par le choix du tiers, et le débat sur ce choix ne peut être d'une grande richesse.

Lorsque la décision est la conséquence d'un choix imposé par un tiers, le débat est en grande partie éludé. La difficulté réside dans l'exercice des droits collectifs dans les entreprises organisées en réseau. Les prérogatives de consultation du comité d'entreprise en ce cas ne sont que faiblement respectées.

Les règles sur la détermination de l'interlocuteur des salariés sont encore moins précises dans la négociation collective obligatoire dans l'entreprise.

256. Négociation collective obligatoire

Les règles légales et jurisprudentielles n'ont jusqu'ici pas exprimé l'exigence de fournir aux négociateurs salariaux un interlocuteur qualifié dans la tenue de la négociation collective obligatoire. L'article L. 132-27 se contente

776. Article L. 321-2 C. Trav.

777. Voir également en cas de transfert d'entreprise l'obligation du cessionnaire de fournir des informations au comité de l'entreprise cédée (Directive n° 98/50/CE, 29 juin 1998)

d'imposer l'engagement de négociations à « *l'employeur* ». Faute de toute précision sur la personne qui le représente, il faut sans doute considérer que cette obligation incombe au chef d'entreprise. La possibilité pour celui-ci de confier mandat à un tiers pour le représenter ne semble pas avoir fait l'objet de décisions. Dans la question proche de la possibilité de décentraliser la négociation obligatoire au niveau des établissements, la Cour de cassation n'a fait mention d'aucune exigence concernant les pouvoirs que doit détenir le chef d'établissement[778]. Il est toutefois à noter que la jurisprudence n'admet la mise en place de représentation syndicale au niveau des établissements que si les chefs d'établissement disposent de pouvoirs suffisants[779].

b) Mesures individuelles

257. Représentation et assistance de l'employeur

Si le droit réglemente le droit à l'assistance du salarié dans le droit du licenciement et dans le droit disciplinaire, il ne dit mot de la représentation ou de l'assistance de l'employeur. L'article L. 122-14 ne se réfère à la représentation de l'employeur qu'à l'occasion de la convocation à l'entretien préalable au licenciement. Les articles L. 122-14 et L. 122-41 confient au seul « *employeur* » la charge de conduire l'entretien préalable au licenciement ou à la sanction disciplinaire. Pour des questions d'ordre pratique, la représentation de l'employeur est largement admise[780]. La notion même d'employeur est d'ailleurs suffisamment imprécise pour permettre une telle représentation. L'employeur est la personne à qui le chef d'entreprise délègue l'exercice des prérogatives patronales à l'égard des salariés. L'acte pourra ensuite être imputé à « *l'employeur* », partie au contrat. Cette question est donc pour l'essentiel laissée à l'autonomie du chef d'entreprise. Il reste qu'en matière de licenciement et disciplinaire, le respect de la procédure devrait inciter à un contrôle de la personne à qui est confiée la mission de représenter le chef d'entreprise. La représentation de l'employeur par une personne ne disposant pas d'informations suffisantes ou n'ayant pas le pouvoir de choisir la mesure prononcée à l'issue de la procédure priverait l'entretien de sa fonction. Pourtant, la Cour de cassation a considéré que « *la faculté de représenter l'employeur à l'entretien préalable n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement* »[781]. Un arrêt du 26 mai 2002 semble cependant promouvoir une vision plus exigeante de cette question. Une Cour d'appel avait admis la régularité d'un licenciement prononcé par un cabinet d'expertise comptable d'une entreprise. La Cour de cassation casse cette décision : « *la finalité même de l'entretien préalable et*

---

778. La jurisprudence relative à la décentralisation de la négociation annuelle obligatoire ne concerne que la représentation des salariés Cf Crim., 4 déc. 1990, Bull. crim. n° 316 (nécessité de représentants dans chaque établissement) ; Soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, n° 139 (absence d'opposition des syndicats au niveau des établissements)

779. Soc., 20 mars 1991, Bull. civ. V, n° 149 ; Dr. soc. 1991 p. 696 note J. Savatier : la représentation peut être organisée au niveau de l'établissement « *dès lors qu'il existe sur place un représentant de l'employeur qualifié pour recevoir les réclamations et transmettre celles auxquelles il ne pourrait pas donner suite, peu important que la gestion du personnel soit centralisée à un autre niveau* ». Même règle pour la mise en place des délégués du personnel d'établissement : Soc., 10 octobre 1990, Bull. civ. V, n° 446, 8 arrêts ; Dr. soc. 1991 p. 40 note J. Savatier

780. G. Couturier prec, T. 1 n° 112 ; J. Pélissier, Droit de l'emploi, prec. n°2011

781. Soc., 14 mai 1987, Bull. civ. V, n° 32

les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement[782] ». La référence à cette finalité propre à l'entretien préalable devrait conduire à davantage de rigueur dans la détermination de la personne chargée de mener l'entretien préalable. Pour l'heure, la Cour de cassation n'en a cependant déduit que l'interdiction des personnes extérieures à l'entreprise.

L'assistance de l'employeur n'est pas prévue par le Code du travail. La Cour de cassation, sans s'opposer au principe d'une telle assistance[783], a affirmé qu'elle ne pouvait avoir pour effet de dénaturer l'entretien préalable au licenciement. La présence de chefs de service, ainsi que de deux salariés témoins de l'incident à l'origine du licenciement disciplinaire, transforme en enquête l'entretien préalable, et viole ainsi les prescriptions de l'article L. 122-14[784]. Si l'assistance de l'employeur par un salarié de l'entreprise n'est pas exclue, elle ne peut faire obstacle au respect de la fonction de l'entretien : exposer les raisons de la mesure envisagée, et permettre un débat sur ces raisons. De même, la Cour de cassation a affirmé que l'assistant de l'employeur ne pouvait être choisi que parmi les personnes appartenant à l'entreprise[785]. Cette conception semble justifiée par la volonté de ne pas favoriser l'intrusion des auxiliaires de justice dans le déroulement de l'entretien. Cette intrusion aurait pour conséquence de gravement affaiblir la position du salarié, et de « judiciariser » le débat sur les justifications du licenciement.

Certains auteurs ont critiqué le principe de la reconnaissance de la faculté de se faire assister reconnue à l'employeur. Celle-ci ne lui est pas reconnue dans le Code du travail[786], et elle aboutit à faire peser sur le salarié la charge de la preuve du préjudice que lui cause cette assistance.

2. Partie salariée

258. La détermination de la partie salariée dans la procédure non contentieuse n'appelle pas de développements plus étayés. Les salariés partie au débat sont simplement les destinataires de l'acte soumis à justification. La tenue d'un débat sincère exige cependant la possibilité pour les salariés de se faire assister afin de mieux être mis en situation de débat face à l'employeur.

a) Actes de portée collective

259. Question générale de représentation en matière collective

Lorsque la procédure se déroule à un niveau collectif, les représentants du personnel sont ceux qui sont désignés par la règle de droit : comité d'entreprise ou d'établissement ou délégués syndicaux lorsque le dialogue doit être mené dans le cadre de la négociation obligatoire. Les règles sur la justification n'appellent pas de remarques particulières au regard du problème général de la représentation des

782. Soc. 26 mars 2002, Bull. civ., V, n°105, Dr. soc. 2002, p. 784 note J. Mouly.
783. Soc., 12 mars 1986, Bull. civ. V, n° 88
784. Soc., 10 janvier 1991, Bull. civ. V, n°5 ; Dr. soc. 1991 p. 258, note J. Savatier.
785. Soc., 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 302
786. P. Enclos, *Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement*, Dr. soc. 1992 p. 990

intérêts des salariés. Notons seulement que pour des questions de prohibition des discriminations, la jurisprudence exige que la négociation collective obligatoire soit menée avec l'ensemble des organisations représentatives dans l'entreprise[787]. Elle ne censure cependant pas la pratique de signatures séparées, dès lors que le débat a eu lieu avec l'ensemble des représentants[788]. Cette solution est critiquable, car elle autorise la tenue officieuse de négociations séparées qui ne peuvent qu'être préjudiciables à la sincérité des justifications. L'article L. 132-2-2 IV issu de la loi du 4 mai 2004 devrait conduire à une modification de cette jurisprudence.La loi prévoit l'organisation d'une « procédure de signature » qui exclut le recours à des signatures clandestines.

260. Importance de l'expertise

De nombreuses dispositions, qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici dans le détail, autorisent le comité d'entreprise à se faire assister d'un expert afin d'examiner les projets patronaux. Ils peuvent ainsi se faire assister d'un expert comptable[789] ou d'un expert en cas de projet d'introduction de nouvelles technologies[790]. L'importance de ces experts doit être soulignée. Ils contribuent à éclairer les représentants des salariés sur la nature des choix patronaux, et permettent ainsi une meilleure intelligibilité de ceux-ci. Leur intervention dans l'exigence de justification permet la tenue d'un débat sérieux et moins inégalitaire entre l'employeur et les salariés.

261. La tentation inassouvie de la médiation

La volonté de favoriser le dialogue entre le chef d'entreprise et les représentants des salariés dans les restructurations a donné lieu à l'introduction d'un processus de médiation dans la Loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (article L. 432-1-3 C. Trav.). En cas de désaccord sur un « *projet de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois* », le comité d'entreprise peut engager une procédure de médiation. Celle-ci demeure peu contraignante en raison des faibles sanctions dont sa violation est assortie. Elle permet cependant d'octroyer aux comités d'entreprise un droit de regard plus étendu sur les restructurations. En conférant aux médiateurs des pouvoirs d'investigation, le législateur a donné des outils supplémentaires aux comités pour approfondir le débat dans l'entreprise, en particulier sur la stratégie choisie par celle-ci. Ce processus de médiation permet de donner une portée nouvelle au pouvoir du comité d'entreprise de formuler des propositions reconnu par l'article L. 431-4 alinéa 2. Les dispositions de la loi de modernisation sociale permettaient donc un contrôle plus approfondi sur les justifications dans les restructurations. Ces dispositions étaient cependant plus symboliques que véritablement efficaces : l'imprécision des règles de la procédure, la légèreté des sanctions laissaient prévoir que ces dispositions n'auraient pas eu un impact décisif sur le rôle des comités d'entreprise. Aussi leur suspension et leur probable disparition à la suite de la loi Fillon du 3 janvier 2003 n'a-t-elle pas

787. Soc. 26 mars 2002, Sanofi, Bull. civ., V, n° 107, D. 2002, p. 3231, note. F. Petit ; Dr. soc. 2002, p. 620, note M.L. Morin ; Soc. 17 septembre 2003, Bull. civ., V, n° 240, D. 2004, som. 388, obs. I. Odoul-Asorey

788. Soc., 9 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 269

789. L. 434-6

790. L. 434-6 al. 4

soulevé beaucoup de regrets de la part des partenaires sociaux. La question demeure cependant de l'implication de salariés dans les restructurations.

b) Décisions individuelles

262. La détermination de la partie salariée dans les questions individuelles est soumise à des règles spécifiques. La tenue du dialogue implique évidemment la participation du salarié visé par la mesure envisagée par l'employeur. La Cour de cassation considère que le respect des droits de la défense exige que cet entretien soit strictement individuel. L'employeur doit entendre individuellement chaque salarié, combien même il lui reprocherait d'avoir pris part à une faute collective[791]. La plus élémentaire compréhension dans un dialogue exige que l'employeur et le salarié puissent se comprendre dans une même langue. La présence d'un interprète est requise si le salarié est un étranger[792]. L'exigence semblait évidente, encore fallait-il qu'elle fût rappelée afin que le sens de l'entretien préalable ne soit pas dévoyé. La Cour a également rappelé que l'entretien s'entend d'une rencontre physique entre deux personnes, et ne peut se dérouler par téléphone[793].

Outre la présence du salarié, le droit s'efforce de compenser l'inégale condition entre l'employeur et le salarié en autorisant ce dernier à se faire assister au cours de l'entretien. Il peut d'abord se faire assister par un salarié de l'entreprise dans l'entretien préalable au licenciement ou dans l'entretien disciplinaire. La loi du 2 août 1989 a de plus permis aux salariés menacés de licenciement de se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise lorsque l'entreprise est dépourvue d'institution représentative du personnel[794]. Cette faculté n'existe pas en matière de droit disciplinaire.

La présence d'un conseiller du salarié, membre ou non de l'entreprise, est de nature à offrir au salarié des ressources supplémentaires dans le débat sur les raisons de l'acte. La notion de conseil implique que le conseiller soit « *chargé d'orienter le salarié convoqué dans l'argumentation qu'il développera lors de l'entretien. Ceci implique en particulier qu'il soit en mesure d'apprécier les effets juridiques de la mesure de licenciement envisagée (...)* »[795]. Le conseiller du salarié, témoin du déroulement de l'entretien, peut se voir reconnaître par ailleurs un rôle important dans la preuve des propos tenus au cours de l'entretien. Certains auteurs ont cependant objecté que le principe selon lequel *on ne peut se constituer de titre à soi même* retirerait toute valeur à ce témoignage[796]. Cette objection néglige le principe de la liberté de la preuve qui s'impose dans le contentieux du licenciement. L'article L. 122-14-3 indique que le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties* ». Parmi ces éléments, le salarié pourra faire appel au témoignage du conseiller. Ce témoignage n'est doté à ce titre d'aucune force probante particulière, il n'est que l'un des éléments de conviction proposés au juge.

---

791. Soc. 1er avril 1997, RJS 5/1997, n° 592 ; Soc 24 avril 2003, Dr. soc. 2003, p. 777, note F. Favennec-Hery

792. Soc., 8 janv. 1997: Bull. civ. V, n° 4 ; Dr. soc. 1997, p. 317

793. Soc., 14 nov. 1991: RJS 1992. 103, n° 135.

794. Sur l'interprétation de la notion d'institution représentative dans ce texte cf. Soc. 19 février 2002, D. 2002, p. 2093, som. S. Frossard, Dr. soc. 2002, p. 2002 note F. Petit

795. A. Penneau, *Le conseiller du salarié*, ALD 1992, p. 19 n°5

796. X. Lagarde, *Réflexions de civiliste sur la motivation…* prec., Dr. soc. 1998 p. 897

La Cour de cassation a pendant un temps marqué l'importance qu'elle octroyait à ce droit à l'assistance du salarié, en sanctionnant leur violation par des sanctions énergiques lorsque le salarié compte moins de deux ans d'ancienneté ou qu'il travaille dans une entreprise de moins de onze salariés. Les textes en la matière sont obscurs et rétifs à toute interprétation logique. Dans un arrêt du 19 juillet 1995, la Cour de cassation a considéré que la méconnaissance des règles relatives à l'assistance ne devait pas être sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts en fonction du préjudice subi, mais par l'application des sanctions de l'article L. 122-14-4[797]. Le salarié pouvait alors prétendre à des indemnités au moins équivalentes au salaire des six derniers mois travaillés lorsque le licenciement n'est pas justifié[798]. Cette jurisprudence a cependant ultérieurement été abandonnée. La Cour considère dorénavant que la méconnaissance des règles relatives à l'assistance dans les entreprises de moins de onze salariés ou pour les salariés de moins de deux ans d'ancienneté est sanctionnée par un l'octroi de dommages et intérêts correspondant au préjudice subi lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse[799].

263. Les règles relatives à la détermination des parties dans la procédure non contentieuse s'avèrent assez décevantes au regard de l'exigence de justification. Émergent cependant deux principes qui sont appelés à se développer : l'exigence d'un interlocuteur patronal qualifié, et l'édification d'un droit à l'assistance des salariés, destiné à permettre la tenue d'un débat sincère sur les justifications.

L'effectivité du débat exige par ailleurs que le débat soit préalable à la décision.

B. CARACTÈRE PRÉALABLE DU DÉBAT

264. Le principe du consensualisme qui domine le droit des obligations conduit à considérer que la seule manifestation de la volonté est suffisante à l'efficacité juridique de l'acte. Par contraste, la procédure non contentieuse impose, préalablement à l'expression de cette volonté, le respect du déroulement d'un certain nombre d'étapes. L'importance de cette règle se manifeste pour les décisions individuelles, qui ne doivent être qu'envisagées au moment où l'employeur engage la procédure (1). Elle est également d'importance en matière de consultation (2). Enfin, le caractère préalable du débat par rapport au prononcé de l'acte est perceptible au travers de l'importance que prennent les délais de procédure (3).

1. Les décisions individuelles ne sont qu'envisagées

265. Le droit du licenciement et le droit disciplinaire imposent clairement que le respect de la procédure non contentieuse précède la manifestation de la volonté patronale, et partant, la décision elle-même.

En matière de licenciement, l'article L. 122-14 exige la convocation à un entretien préalable au licenciement « *avant toute décision de l'employeur* ». Ce texte précise que le licenciement n'est, à cette date, qu'*envisagé.* Si l'employeur procédait

797. Soc., 19 juillet 1995, Dr. soc. 1995. 934, obs. J. Savatier ; Soc. 26 juin 2001, Bull. civ., V, n° 233

798. Cf. Soc., 13 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 382 ; Dr. soc. 1996, p. 1096, obs. P. Waquet

799. Soc. 5 février 2003, Bull. civ., V, n° 41 ; Soc. 10 juin 2003, Bull. civ., V, n° 191 ;

au licenciement d'un salarié en ayant arrêté sa décision, le licenciement serait susceptible d'être entaché d'une irrégularité procédurale. Il ne semblerait pas illogique de considérer que cette irrégularité entraîne la privation du caractère réel et sérieux du licenciement. Faute de tout débat préalable à l'acte lui-même, la procédure n'est menée que de manière purement formelle, et prive de toute portée l'exigence de justification. La Cour de cassation n'a pourtant jamais rendu d'arrêt en ce sens. Elle a même considéré que le fait de chercher à recruter un salarié avant la tenue de l'entretien préalable n'est pas de nature à vicier la procédure[800].

Inspiré de ces dispositions, l'article L. 122-41 exprime les mêmes exigences préalablement au prononcé d'une sanction disciplinaire.

2. La consultation doit précéder la décision

266. Comité d'entreprise

Le caractère préalable de la consultation par rapport à la décision patronale est rappelé dans maints articles du Code du travail. Le principe en est énoncé à l'article L. 431-5, qui impose que la décision soit « *précédée par la consultation* ». De nombreuses règles rappellent cette exigence, en ce qui concerne la consultation sur le temps de travail[801], sur les projets de compression d'effectif[802] ou encore pour l'élaboration des différents « *plans* »[803].

Le respect de ces dispositions exige que la consultation soit non seulement préalable à l'exécution de la décision, mais également à la décision elle-même[804]. Elle emporte par ailleurs l'impossibilité d'instituer des règles à effet rétroactif[805].

L'importance de ces règles a été rappelée par la Cour de cassation en deux matières. En premier lieu, elle a précisé que « *lorsque la mesure s'inscrit dans une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité doit être consulté à l'occasion de chacune d'elles* »[806]. Cette règle permet au comité d'exercer concrètement ses prérogatives consultatives. En second lieu, la Cour de cassation exige que la décision soit précédée de la consultation, quand bien même elle prendrait la forme d'un accord collectif. Cette consultation doit donc « *avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord* »[807]. Le respect du caractère préalable de la consultation nécessitait une telle règle. La consultation n'a de sens que si la décision de l'employeur n'est pas

800. Soc., 20 avril 1992, Bull. civ. V, n° 240.

801. L. 432-3, consultation sur les projets de modification de l'organisation du temps de travail, L. 212-4-1, avis sur la mise en place d'horaires individualisés ; L. 212-7 : consultation préalable au dépassement du contingent d'heures supplémentaires.

802. L. 432-1 al. 3 : le comité « *émet un avis sur l'opération projetée* »

803. Plan social, L. 321-4 ; plan de formation, L. 933-3

804. M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 4e ed., LGDJ 1997, p. 467 ; Crim. 10 mai 1988, D.O. 1989, p. 437 ; cf. pour la mise en cause d'une règle de l'entreprise, Soc. 25 février 1988, D. 1988, som. com. p. 319, note A. Lyon-Caen ; pour la dénonciation d'une convention collective, Paris 6 mars 2002, D.O. 2002, p. 116, obs. E. Gajat,

805. Soc., 20 juin 2000, Bull. civ., V, n° 237

806. Soc., 7 févr. 1996, Bull. civ. V, n°47, Dr. soc. 1996, p. 539, obs. M. Cohen

807. Soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 219, D. 1998, J. p. 608, note G. Auzero

arrêtée, et si elle peut être révisée[808]. Une telle possibilité est exclue si l'accord collectif avait déjà été conclu.

267. Comité d'entreprise européen

La directive n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 instituant les comités d'entreprise européens n'exige pas que la consultation précède la décision. Elle définit seulement la consultation comme un « *échange de vues et l'établissement d'un dialogue* » entre les représentants du personnel et le chef d'entreprise[809]. Dans le cadre très médiatisé de l'affaire Renault Vilvoorde, la Cour d'appel de Versailles a dû se prononcer sur la question de savoir si la décision devait être précédée par la consultation. Elle a interprété la directive à la lumière de la Charte des droits sociaux fondamentaux, qui prévoit que la consultation doit être réalisée en « *temps utile* »[810]. Il en résulte, selon la Cour d'appel, que la consultation doit parfois précéder la décision. En l'espèce, ce caractère préalable était imposé notamment en raison de l'importance de la décision et du caractère irrémédiable du préjudice qui risquait d'être causé aux salariés[811]. Il est difficile de préciser quand cet effet utile pourrait permettre à l'employeur de s'affranchir du caractère préalable de la consultation dans une opération de restructuration, sauf à admettre qu'il est parfois utile de placer le comité devant le fait accompli !

L'adoption d'une série de textes européens concernant les prérogatives des représentants du personnel dans différents contextes permet cependant de tracer les lignes de force de la consultation des représentants des travailleurs au niveau communautaire. La directive sur les licenciements collectifs[812] énonce que l'employeur doit procéder à une consultation « en temps utile » lorsqu'il « envisage » d'effectuer des licenciements collectifs (article 2). De même, la directive sur l'implication des travailleurs dans la société européenne[813] définit la consultation comme une procédure permettant « d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la société européenne » (article 2. j.). Les différentes directives relatives à la consultation évoquent par ailleurs la nécessité qu'elle intervienne « en temps utile » et qu'elle soit menée « en vue d'aboutir à un accord »[814]. Ces dispositions n'auraient aucun sens si cette procédure pouvait intervenir postérieurement à la décision de l'entreprise. Ces différents textes permettent de dégager un principe commun selon lequel la consultation doit

808. M. Cohen, prec. p. 465.

809. Article 2 f ; transposé en termes similaires en droit français (article L. 439-15 al. 2)

810. Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs des 8 et 9 décembre 1989, article 18

811. Cf. Versailles, 7 avril 1997, Dr. soc. 1997 p. 493, notes M.A. Moreau et A. Lyon-Caen. ; voir également dans le même litige TGI Nanterre, 4 avril 1997, id. Cf. le dossier consacré à cette affaire par la Revue juridique d'Ile de France, juillet-septembre 1997

812. Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs

813. Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

814. Directive 2001/86/CE, article 2j ; Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, article 4 (le terme employé est celui d'une consultation « à un moment approprié ») ; Directive 98/59/CE Article 2 1 ; Voir encore l'article 27 de la Charte fondamentale des droits fondamentaux qui emploie des termes identiques.

précéder la décision. La seule limite qui peut être vue à ce principe réside dans la possibilité offerte aux entreprises de ne pas divulguer certaines informations confidentielles aux représentants des travailleurs, mais les textes en précisent étroitement les conditions[815].

3. Le temps de la procédure

268. L'exigence du caractère préalable de la procédure par rapport à la décision patronale s'exprime enfin par l'importance que prend en la matière le respect des délais de procédure. Ces délais sont envisagés à deux occasions distinctes en matière de licenciement et de droit disciplinaire. L'employeur doit d'abord respecter un délai entre la convocation et la tenue de l'entretien[816]. La jurisprudence a précisé que ce délai avait pour fonction de permettre au salarié de préparer sa défense. A défaut d'une précision législative sur sa durée, la Cour de cassation a énonce que ce délai devait être suffisant pour remplir cette fonction[817]. Le second délai est plus important au regard du caractère préalable de la procédure par rapport à l'acte. Le délai de notification de la décision qui suit la tenue de l'entretien est destiné à permettre à l'employeur de réfléchir avant de pouvoir valablement exprimer sa volonté[818]. La jurisprudence sanctionne les comportements des employeurs qui auraient méconnu cette fonction du délai de réflexion. Si l'employeur fait savoir que sa décision est définitive au cours de l'entretien[819] ou s'il notifie sa décision le jour même et qu'il corrige cette irrégularité par l'envoi d'une seconde lettre[820], le licenciement est irrégulier.

Le temps de la procédure ne requiert pas seulement le respect de délais minimaux afin de permettre la préparation de la défense ou la sincérité de la réflexion. Elle exige parfois également des délais maximaux. Un délai trop long entre une faute et le prononcé d'une sanction montre l'absence de véritable gravité de la faute. La sanction disciplinaire ne peut être prononcée plus de deux mois après que l'employeur a eu connaissance des faits (L. 122-44), ni plus d'un mois après la tenue de l'entretien préalable (L. 122-41). La Cour de cassation applique cette règle aux licenciements disciplinaires[821]. Elle a précisé par ailleurs que la faute grave ne

---

815. Directive 2001/86/CE, article 8 : nécessité d'une loi qui prévoie de dispenser de communiquer des informations « lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, leur divulgation entraverait gravement le fonctionnement de la SE ». Noter que ce texte ne restreint que la divulgation d'informations précises, non le principe d'une consultation préalable.

816. Ce délai est fixé à cinq jours ouvrables pour la convocation à l'entretien préalable au licenciement (article L. 122-14 corrigé par l'ordonnance du 24 juin 2004). Sa durée n'est pas fixée en matière disciplinaire (L. 122-41)

817. Soc., 13 juin 1991: Bull. civ. V, n° 296 ; D. 1992. Somm. 289, obs. A. Lyon-Caen pour les licenciements dans les entreprises pourvues de représentants du personnel avant l'ordonnance du 24 juin 2004. Soc. 19 mars 1991Bull. civ., V, n° 146 en matière disciplinaire

818. Ce délai est de deux jours ouvrables, cf. article L. 122-14-1.

819. Soc., 15 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 559

820. Soc., 8 nov. 1995, Bull. civ. V, n° 294

821. Soc., 5 février 1997, Bull. civ. V, n° n° 52 ; Soc., 16 mars 1995, Bull. civ. V, n° 90 ; 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 268. Cf. J. Pélissier, Dr. soc. 1992, p. 751

pouvait être prononcée que si la sanction intervient dans un délai bref après la connaissance du fait fautif par l'employeur[822].

269. L'importance des délais dans le prononcé des actes de nature collective n'est pas moins grande. Les licenciements collectifs pour motif économique connaissent ainsi un tempo variable en fonction du nombre de salariés concernés, de la taille de l'entreprise, et de la présence ou non de représentants du personnel. Ces délais impératifs permettent d'éviter des décisions trop rapides, et assurent le respect de la mission consultative du comité d'entreprise.

Le plus souvent, ces délais ne sont pas déterminés dans la loi. L'article L. 431-5 prévoit simplement la nécessité d'un « *délai d'examen suffisant* ». Ce délai est semble-t-il laissé à l'appréciation des représentants, qui peuvent suspendre la tenue du vote tant qu'ils estiment que le délai n'est pas suffisant. Seul l'abus devrait pouvoir permettre d'outrepasser cette suspension. De même, les délais ne sont pas non plus déterminés dans le déroulement de la négociation obligatoire. L'article L. 132-28 laisse la détermination du calendrier de la négociation à l'appréciation des représentants du personnel.

Les délais de consultation du comité d'entreprise sont fixés de manière plus précise dans la procédure de licenciement pour motif économique. Les articles L. 321-3 et suivants du Code du travail déterminent les délais impératifs que l'employeur doit respecter, en fonction du nombre de licenciements envisagés. En particulier, lorsque l'employeur projette ce licencier plus de dix salariés dans une même période de trente jours, il est tenu de réunir le comité au moins deux fois si l'effectif de l'entreprise est supérieur à cinquante salariés. Le délai maximal entre les deux réunions est compris entre quatorze et vingt-huit jours selon le nombre de salariés licenciés (L. 321-3).

Ces délais ne peuvent cependant pas faire obstacle aux règles relatives à la consultation de droit commun du comité, qui exigent le respect d'un délai d'examen suffisant du projet afin que les représentants puissent formuler un avis éclairé[823]. Ce principe a été complété par la Loi de modernisation sociale (article 99), qui a prévu que la consultation relative au projet de licenciement ne pouvait commencer qu'après la consultation sur le projet économique. Ces dispositions ont été suspendues par la loi Fillon du 3 janvier 2003. Conformément à la jurisprudence antérieure à 2002, les deux procédures doivent donc être distinguées, mais elles peuvent être menées de façon concomitante[824]

Il apparaît ainsi qu'il est de l'essence de la procédure d'être préalable à l'acte envisagé. Cette antériorité est importante dans la fonction même de la procédure : soumettre les choix patronaux à un débat préalablement à leur édiction.

---

822. Soc., 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 326

823. Cf. en particulier *Sietam* Soc., 16 avril 1996, Sietam Bull. civ. V, n°165 ; Dr. soc. 1996, p. 484, note A. Lyon-Caen

824. Cf. Soc. 2 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 592 obs. M. Cohen ; Soc. 9 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 446, obs. J. Savatier ; Sur loi Fillon, voir M. Cohen, *La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise*, Dr. soc. 2003, 271

C. RÈGLES DU DÉBAT ARGUMENTÉ

270. Les règles de la procédure non contentieuse ne sont pas de simples règles de forme. Elles exigent du chef d'entreprise qu'il soumette ses choix à un débat avec le destinataire de l'acte. Un débat s'entend d'un échange de vues : les deux protagonistes doivent donc disposer d'informations préalables sur l'acte envisagé (1), et respecter les règles essentielles à la tenue d'un tel débat (2).

1. Information préalable

271. Information sur l'objet de l'entretien individuel

L'organisation d'un débat contradictoire requiert de manière évidente la convocation des protagonistes, en précisant la date et le lieu de l'entretien. Les règles applicables sont des plus sommaires en matière de droit du licenciement et de droit disciplinaire. L'article L. 122-14 exige que la lettre de convocation précise « *l'objet de la convocation* ». L'article L. 122-41 alinéa 2 a reproduit cette formule dans le droit disciplinaire. La Cour de cassation a refusé de faire de ces dispositions une exigence de motivation. La Chambre sociale a précisé que ces règles imposent uniquement que soit portée à la connaissance du salarié la nature de la mesure prévue. La lettre doit mentionner de façon non équivoque qu'un licenciement est envisagé[825]. De même, en matière disciplinaire, l'énonciation est suffisante dès lors que l'objet de cet entretien est dépourvu d'ambiguïté[826]. Le motif de la sanction[827] ou de la rupture du contrat de travail[828] n'a pas à être précisé dans cette lettre.

Le faible niveau d'exigence de la Cour de cassation sur le contenu de cette convocation a été critiqué[829]. Cette règle est difficilement conciliable avec la finalité reconnue à l'entretien préalable : assurer les droits de la défense du salarié[830]. Comment une telle finalité pourrait-elle être atteinte si le salarié n'est pas informé des faits reprochés ou de la nature du licenciement envisagé ? Sans aller jusqu'à exiger une transmission du dossier à l'instar du droit de la fonction publique[831], il semble souhaitable de renforcer le droit à une information préalable du salarié.

Les règles sur la convocation du comité d'entreprise semblent favoriser davantage l'établissement d'un dialogue, en imposant l'octroi d'informations précises sur l'objet de la convocation.

272. Information du comité d'entreprise

---

825. Soc., 20 février 1991, Bull. civ. V. n° 82, D. 1992, Somm., note A. Lyon-Caen ; Soc., 7 février 1995, D. 1995, Dr. soc. 1995 p. 388, obs. F. Favennec Hery

826. Soc., 25 mai 1989, Bull. civ. V, n° 393

827. Soc., 17 décembre 1992, Bull. civ. V, n°603 ; Dr. soc. 1993 p. 184

828. Soc., 4 novembre 1992, Bull. civ. V, n° 530 : les griefs allégués contre le salarié n'ont pas à être précisés.

829. Voir J. Pélissier, *Droit de l'emploi,* Ed. Dalloz, 1998, n° 2010 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec., n° 398, p. 446

830. Voir dans la jurisprudence Soc., 19 mars 1991, Bull. civ. V, n° 146 (nécessité d'un délai suffisant pour que le salarié puisse réfléchir à la préparation de l'entretien) ; dans le même sens Soc., 12 décembre 1983, Bull. civ. V, n° 607

831. Cf. Y. Gaudemet, *La fonction publique*, Traité de droit administratif, T. 5, 11e ed., LGDJ, 1998, n° 259

L'article L. 431-5 al.2 exige que le comité dispose « *d'informations précises et écrites* » ainsi que d'un « *délai suffisant* » pour les examiner. La loi précise parfois la liste des informations à remettre au comité d'entreprise en même temps que la convocation, à l'image de l'article L. 321-4 pour les licenciements collectifs pour motif économique.

Pour que ces informations soient complètes, il est certain qu'elles ne doivent pas se limiter à la seule indication de l'acte envisagé, mais doivent s'étendre à des précisions sur la rationalité de cet acte. Ainsi, en matière de licenciements collectifs, l'article L. 321-4 alinéa 2 précise que l'employeur doit énoncer *« la ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement »*. Le Tribunal de grande instance de Nanterre a clairement mis en valeur l'importance de ces informations dans le débat argumenté. Il estime que l'employeur est tenu de fournir tous les « *éléments qui […] sont de nature à lui permettre, après analyse, d'introduire un dialogue utile avec la Direction* ». Ces informations doivent également permettre « *d'analyser le projet et d'émettre en connaissance de cause son avis sur l'opération projetée* »[832].

A défaut d'une information suffisante, la Cour de cassation estime que la procédure de consultation doit être reprise depuis l'origine[833]. En dehors de ce domaine, l'exigence *d'informations précises* devrait conduire à exiger l'exposé sommaire des raisons des choix et des conséquences envisagées des mesures prévues.

2. Règles du dialogue

a)Règles du débat collectif

273. Une fois le comité d'entreprise régulièrement convoqué et informé, la consultation proprement dite peut s'engager. Celle-ci exige de l'employeur qu'il présente ses choix, en énonce les raisons, écoute les arguments des représentants du personnel, et leur fournisse une « *réponse motivée* »[834].

Ces règles peuvent être assimilées à des règles d'un dialogue de bonne foi. La consultation doit déboucher sur un vote du comité d'entreprise qui officialise la position des représentants du personnel.

274. De même, la Cour de cassation semble fixer des règles précisant l'exigence d'un dialogue dans le déroulement de la négociation collective obligatoire dans l'entreprise. La Chambre criminelle s'est montrée peu exigeante sur ce terrain. Elle considère que seul est sanctionné pénalement le défaut d'ouverture de la négociation[835]. La Chambre sociale se montre plus rigoureuse. Par une formule élégante, elle a défini la manière dont l'employeur doit mener la négociation annuelle obligatoire. Cette définition s'apparente à l'obligation d'établir un dialogue

832. TGI Nanterre, 16 nov. 1993, *Comité central d'entreprise IBM France c/ sté IBM France*, RJS 1/1994, n° 17

833. Soc., 4 juillet 2000, RJS 2000, n° 932

834. art. L. 431-5 al.2

835. Crim. 4 octobre 1989: D. 1990. Somm.. 166, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. soc. 1990, p. 154, note J. Savatier.

avec les représentants des organisations syndicales. La Cour a considéré que la négociation est régulière dès lors qu'elle a « *été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues* »[836]. En mettant en avant le fait que des propositions syndicales ont été retenues par la direction, la Cour de cassation semble montrer que l'employeur n'a pas fait preuve d'un comportement purement passif au cours de la négociation, mais qu'il a écouté les arguments développés par les représentants du personnel.

Enfin, les dispositions sur la consultation du comité d'entreprise européen résument bien l'idée d'un dialogue mené avec les organisations représentatives du personnel. L'article L. 439-6 al. 4 définit la consultation comme « *l'organisation d'un échange de vues et l'établissement d'un dialogue* ».

b) Le débat dans l'entretien préalable

275. L'établissement d'un dialogue est également mis en avant dans les procédures individuelles. Pour l'entretien préalable au licenciement, l'article L. 122-14 impose à l'employeur de faire connaître « *le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié* ». En matière disciplinaire, l'article L. 122-41 impose, dans des termes identiques, à la fois un exposé des raisons de la sanction et une écoute des arguments du salarié.

Les deux conditions sont cumulatives. Par conséquent, l'employeur doit prendre connaissance des arguments du salarié et y répondre de façon motivée. En toute logique, la tenue de l'entretien exige une certaine durée, mais la Cour de cassation a jadis refusé d'ériger cette condition en règle générale[837].

La Cour de cassation a par ailleurs considéré que l'employeur ne respectait pas la procédure de licenciement en licenciant un salarié sans vérifier la réalité des allégations de ce dernier[838]. En matière de sanction disciplinaire, l'exigence d'une sanction justifiée et proportionnée devrait également imposer à l'employeur de tenir compte des excuses proférées par le salarié, dans le choix de sa sanction[839].

De l'obligation d'entendre le salarié résulte également l'immunité conférée aux paroles du salarié. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que les paroles prononcées par le salarié ne peuvent être sanctionnées, sauf abus de celui-ci. Ces paroles ne sauraient en elles-mêmes justifier un licenciement[840]. La jurisprudence réserve toutefois les abus du salarié, telle la tenue de propos injurieux au cours de l'entretien[841].

---

836. Soc., 9 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 269

837. Soc., 8 novembre 1977, Bull. civ. V, n° 993 ; Cf. P. Enclos, Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement, Dr. soc. 1992, p. 994

838. Soc., 3 mars 1990, RJS 6/90 n° 483

839. Cf. P. Enclos, prec.

840. Soc., 8 janvier 1997, D. 1997, J. p. 520 note C. Puigelier (entretien préalable à une sanction disciplinaire) ; Soc., 19 juin 1991, Bull. civ. V, n° 310 ; D. 1992, Somm. p. 289, obs. A. Lyon-Caen (entretien préalable au licenciement)

841. Voir les exemples cités par P. Enclos prec., Dr. soc. 1992 p. 997

276. Conclusion : la fonction du dialogue dans la procédure non contentieuse

L'obligation pour le chef d'entreprise de soumettre ses choix à un débat argumenté est sans doute une obligation originale. Les vertus d'un tel débat sont doubles.

Le dialogue est en premier lieu pourvu d'une fonction *aporétique*[842]. La confrontation entre deux conceptions du monde aboutit à des arguments inconciliables et contradictoires. Néanmoins, le débat n'est pas privé de toute utilité, car il permet à chacun d'expliciter son raisonnement. Spécialement, l'exposé par l'employeur des raisons de ses choix, soumis à la contradiction des salariés, exige qu'il clarifie son raisonnement. Sans doute cette explicitation n'aurait-elle pas lieu si elle résultait d'un choix solitaire et arbitraire.

Le débat peut également avoir une vertu *apodictique*[843]. Il permet alors d'aboutir à une conclusion nécessaire. La contradiction permet ici d'aboutir à une conclusion logique admise par les deux parties. Il en sera ainsi spécialement pour l'établissement des faits matériels à l'origine de la décision. Il n'est pas exclu non plus qu'un accord se produise sur la justice de l'acte, bien que le raisonnement ne puisse aboutir qu'à une solution probable et non certaine.

La procédure non contentieuse ne présente pas pour seul intérêt de soumettre les choix du chef d'entreprise à un débat. Elle a également une fonction pré-contentieuse, qui permet de fixer les mobiles du chef d'entreprise.

§2. LA FIXATION DES MOBILES DU CHEF D'ENTREPRISE

277. La procédure non contentieuse permet de déterminer avec certitude les mobiles qui animaient l'employeur lorsqu'il a pris une décision. D'une manière générale, elle permet d'assurer le droit à la preuve du salarié (A). Lorsque la décision est un acte juridique, la protection de ce droit prend la forme plus précise de la motivation (B).

A. PROTECTION DU DROIT À LA PREUVE DU SALARIÉ

278. Connaissance des mobiles

Les mobiles, raisons pour lesquelles les individus effectuent leurs choix, sont par hypothèse difficiles à appréhender. Ils sont à la fois nombreux, incertains, et difficiles à prouver avec certitude. Aussi les règles juridiques classiques ont-elles évité de les prendre en compte[844]. L'établissement d'une procédure non contentieuse permet d'écarter les obstacles les plus délicats à la connaissance des mobiles. L'organisation d'une procédure préalable à l'acte est primordiale dans l'exigence de justification.

---

842. Etymologie : de *a-* privatif, et *poros*, chemin en grec ; la traduction moderne la plus proche serait donc « *voie sans issue* » (plus sérieusement : qui se heurte à une contradiction).

843. Etymologie : du grec *apos*, aboutissement d'un processus et deiknunai, *montrer* : démonstration.

844. Voir supra n° 31 sqq.

Le débat permet que ces mobiles soient extériorisés. L'employeur ne peut plus effectuer des choix arbitraires pour des raisons qui échapperaient à sa propre raison. Il est obligé de réfléchir aux raisons qui le guident, et de les expliciter au cours de la procédure. Les décisions irréfléchies, mues par des raisons affectives et impossibles à exprimer, sont dorénavant prohibées. La procédure pré-contentieuse oblige l'employeur à opérer un choix parmi les mobiles qui l'animent, et à faire valoir, au cours des débats, celui ou ceux des mobiles qui ont été essentiels à sa décision. La procédure pré-contentieuse permet de passer outre l'objection tirée de leur impossible connaissance. Elle permet en outre une preuve de ces mobiles.

279. Droit à la preuve

L'expression des mobiles au cours de la procédure ne permet pas seulement de déterminer avec certitude ceux qui animent le chef d'entreprise. Elle offre également une protection du droit à la preuve du salarié. Les mobiles qui animent l'employeur sont, par définition, inconnus du salarié. Dans le régime classique des actes juridiques, il serait dépourvu de tout moyen de prouver que les mobiles de l'employeur sont illégitimes. Le jeu de la règle de preuve lui interdirait en pratique de contester cette légitimité. L'établissement de procédures pré-contentieuses permet au contraire au salarié de montrer quels sont les mobiles qui animent l'employeur. Il pourra montrer que les mobiles allégués au cours de la procédure sont illégitimes. Les procédures pré-contentieuses offrent ainsi une protection du droit à la preuve des salariés[845]. La protection de ce droit exige en outre de donner une portée importante aux motifs allégués. Le droit du travail traduit bien cette exigence, lorsqu'il retient que l'allégation absente, insuffisante ou mensongère équivaut à l'allégation de motifs illégitimes.

La procédure devant le comité d'entreprise n'est pas moins importante pour permettre la connaissance des motifs qui animent le chef d'entreprise. Le rôle des débats devant le comité lors de l'examen des projets de licenciement économique revêt une importance particulière. L'article L. 122-14-3 impose que l'employeur « *communiqu[e] au juge tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel* ». Ces éléments sont destinés à être utilisés dans l'évaluation de la cause réelle et sérieuse du licenciement.

B. LA MOTIVATION DES ACTES JURIDIQUES

280. Lorsque la justification est exigée pour la production d'un acte juridique, le droit impose que cet acte soit motivé. La motivation s'entend de l'obligation d'indiquer dans un acte juridique les circonstances de fait qui ont poussé la personne à agir[846].

Cette motivation est particulièrement importante dans le contrôle des justifications. Élément de la procédure non contentieuse, elle assure aux salariés la connaissance des raisons qui ont conduit l'employeur à agir. Élément de la

845. V. Goubeaux, *Le droit à la preuve*, in La preuve en droit, Travaux du CNRL, Bruxelles, 1981, p. 277 sqq.

846. Cf. S. Sur, *Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs*, AJDA, 1974, p. 349 ; sur la définition de la motivation, voir supra n° 20

procédure contentieuse, elle permet la réalisation du droit à la preuve du salarié, sert de base au contrôle judiciaire des motifs, et délimite l'objet du litige.

Le domaine de cette motivation doit être précisé avant que ne soit dégagé son régime juridique.

1. Domaine de la motivation

281. Motivation du licenciement

La notification de l'acte constitue la dernière étape de la procédure non contentieuse. La caractéristique essentielle de cette notification est qu'elle exige, concomitamment à l'expression écrite de la volonté patronale, l'expression des raisons pour lesquelles l'acte a été pris. La jurisprudence n'a cependant tiré les conséquences de l'obligation de motiver le licenciement que dans une période récente.

L'unique formalité imposée aux employeurs avant la réforme de 1973 était la lettre de congé, formalité introduite par la loi du 19 février 1958. L'employeur devait notifier le licenciement par lettre recommandée[847] La Cour de cassation n'avait pas attaché une large portée à cette règle : elle n'y vit qu'un mode de preuve du congédiement, permettant de fixer le point de départ du délai-congé[848].

La loi du 13 juillet 1973 introduisit en outre la possibilité pour le salarié de demander l'énonciation écrite des motifs du licenciement. Le législateur entendait confiner les motifs énoncés dans un document distinct de la lettre de congé. Le but était d'éviter que cette dernière ne fût utilisée contre le salarié, si jamais un employeur demandait à consulter cette lettre à l'occasion de l'embauche ultérieure du salarié. Le caractère distinct de la lettre de congédiement et de la lettre énonçant les motifs a été critiqué au cours des débats parlementaires. Une partie de la doctrine l'a également réprouvé[849]. Le formalisme imposé au salarié, tenu de demander par lettre recommandée les motifs de son licenciement dans les dix jours de son départ, a pu être également critiqué[850].

La motivation de la lettre de licenciement a bien été introduite par la loi du 13 juillet 1973, mais elle n'était pas automatiquement exigée. Une série de lois ultérieures généraliseront l'obligation de motiver. La loi du 4 août 1982 imposera la motivation des licenciements disciplinaires à l'instar des autres sanctions. La loi du 30 décembre 1986 étendra cette obligation aux licenciements pour motif économique. La motivation sera finalement généralisée à tous les licenciements par la loi du 2 août 1989[851].

De l'ancienne procédure d'énonciation des motifs à la demande du salarié ne subsiste aujourd'hui que l'article L. 122-14-2 alinéa 2 concernant les critères d'ordre des licenciements économiques.

---

847. actuel article L. 122-14-1 al. 1 C. Trav.

848. G.H. Camerlynck, op. cit. n° 411

849. Cf. G.H. Camerlynck, , prec.

850. G. Lyon-Caen et Bonnetête, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973,* Dr. soc. 1973, p. 499

851. Cf. F. Favennec, *Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire,* Dr. soc. 1990 p. 179

Cette motivation est imposée pour tous les licenciements, y compris les « *grands* » licenciements d'ordre économique pour lesquels l'employeur n'a pas à conduire un entretien individuel avec les salariés.

L'article L. 122-14-2 impose que l'employeur énonce « *le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement* ». L'alinéa 2 de ce texte précise que lorsque le licenciement intervient pour une raison économique, « *le motif économique ou de changement de technologique* » doit être précisé lorsque le licenciement a lieu pour l'un de ces motifs.

La Cour de cassation a montré de nombreuses hésitations sur la portée de l'obligation de motiver la lettre de licenciement. Les fluctuations de la jurisprudence sur la portée du défaut de réponse de l'employeur à la demande du salarié sont bien connues[852]. La généralisation de l'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement opérée par la loi du 2 août 1989 a été l'occasion d'un profond renouvellement jurisprudentiel.

Par l'arrêt *Rogié*[853], la Chambre sociale de la Cour de cassation a inauguré une nouvelle politique en matière de motivation qui accorde à cette obligation une place centrale dans le contrôle des licenciements.[854].

282. Motivation des sanctions disciplinaires

L'introduction de la motivation des sanctions disciplinaires est également une création récente. Antérieurement à la loi du 4 août 1982, la jurisprudence refusait d'imposer aux employeurs une telle obligation. Cette position est cohérente avec le refus des magistrats de contrôler l'exercice du pouvoir disciplinaire des chefs d'entreprise. L'employeur n'avait aucune forme à respecter pour que ces mesures fussent valides. Cette jurisprudence contrastait cependant avec des règles plus audacieuses admises dans d'autres domaines du droit. La Cour de cassation avait, dès le début du XXe siècle, imposé le principe d'une motivation lorsqu'un groupement prononce l'exclusion de l'un de ses membres[855]. De même, le droit de la fonction publique exige, depuis le XIXe siècle, la motivation des sanctions disciplinaires prononcées contre des agents publics, au nom du respect des droits de la défense qui leur sont reconnus[856].

Il fallut attendre la loi du 4 août 1982 pour que le droit du travail impose la motivation des sanctions disciplinaires. L'article L. 122-41 impose à l'employeur de notifier et de motiver toute sanction qu'il prononce. Cette obligation s'impose à toute sanction disciplinaire, y compris les sanctions de peu d'importance soumises à une procédure simplifiée.

---

852. Voir l'arrêt *Janousek*, Soc., 26 octobre 1976, D. 1977, J. p. 544, note A. Jeammaud : l'absence de réponse de l'employeur fait présumer de manière irréfragable l'absence de cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation s'est par la suite efforcée d'atténuer les conséquences de la fermeté de cette règle. Voir E. Wagner, *Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt Janousek*, D. 1983, chr. p. 253

853. Soc., 29 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 598, Dr. soc. 1991 p. 99, note J. Savatier

854. voir ci-après n°283 sqq.

855. Req., 15 mars 1910, D.P 1913, V, p. 30. Jurisprudence constante.

856. Cf. Y. Gaudemet, prec. n° 262

2. Règles de la motivation

283. La Cour de cassation n'a pour l'heure développé que des règles régissant la motivation de la lettre licenciement. Sans doute le contentieux est-il plus fourni en cette matière. Il semble cependant que ces règles puissent être aisément transposées à la motivation de la lettre prononçant une sanction disciplinaire. Il n'existe pas de raison de s'opposer à une telle transposition. Le large pouvoir d'appréciation que la règle légale reconnaît en la matière au juge permet, à tout le moins à ce dernier, de s'inspirer des règles prétoriennes sur la motivation de la lettre de licenciement.

Deux règles essentielles régissent la motivation. En premier lieu, les motifs doivent être énoncés dans l'acte lui-même (a). Il est par ailleurs exigé que les motifs énoncés soient pertinents (b).

a)Formulation expresse des motifs dans la décision

284. Le propre de la motivation est de faire corps avec l'acte juridique. La motivation doit, par nature, figurer dans l'acte lui-même[857].

La Cour de cassation considère que la formulation des motifs dans un document qui n'est pas la lettre de licenciement ne répond pas aux exigences de l'article L. 122-14-2. Ce principe, dégagé par la Chambre sociale de la Cour de cassation[858], a été approuvé par trois arrêts de l'Assemblée Plénière[859]. La règle est appliquée de façon stricte par la Cour de cassation : ni la mention des motifs dans la lettre de convocation[860], ni le renvoi à d'autres correspondances[861], ni l'aveu de la connaissance des motifs par le salarié[862], ni même le fait que le salarié ait lui-même demandé que les motifs ne figurent pas dans la lettre de licenciement[863] ne dispensent l'employeur de son obligation.

Seules deux exceptions subsistent dans le droit contemporain. L'employeur peut d'abord énoncer les motifs du licenciement dans un document annexé à la lettre de licenciement[864]. La Cour de cassation estime en outre que la seule indication d'une autorisation suffit lorsque les licenciements sont soumis à un tel régime[865].

La sanction du défaut de motivation dans la lettre de licenciement est sévère : le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse[866].

La rigueur de la Cour de cassation a également pu s'exprimer en des termes voisins pour la motivation des sanctions disciplinaires[867]. Cette rigueur s'exprime également dans le contrôle du contenu de la motivation.

---

857. Cf. G. Isaac, prec., nº 563

858. Soc., 29 novembre 1990, Rogié, prec., Bull. civ. V, n° 508 ; Dr. soc. 1991, p. 99, note J. Savatier

859. AP 20 novembre 1999, Dr. soc. 1999, p. 13, ccl. Joinet

860. AP 20 novembre 1999, prec.

861. Soc., 31 mai 1995: Bull. civ. V, n° 171

862. Soc., 19 mars 1998, Bull. civ. V, n° 161

863. Soc., 10 janvier 1995, Bull. civ. V, n° 19

864. Soc., 2 déc. 1998, RJS 1999, n° 23

865. Soc., 10 janv. 1995, Bull. civ. V, n° 21 pour les salariés protégés ; Soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 217 pour les licenciements autorisés par le juge commissaire dans la procédure de redressement judiciaire. Cf JY Frouin, *Le point sur la motivation de la lettre de licenciement*, RJS 7/99, p. 544

866. Voir infra n° 312

867. Cf. Soc., 15 déc. 1999, n° 97-44.413. : « l*a seule référence à l'entretien préalable faite lors de la notification de la sanction, ne satisfaisait pas aux exigences* [de l'article L. 122-42] »

b) Pertinence des motifs

285. La motivation n'est pas une obligation purement formelle. Il ne suffit pas à l'employeur de faire figurer dans la lettre de licenciement n'importe quels motifs. Pour que la motivation présente un intérêt, il importe qu'elle permette à la fois au salarié de connaître les raisons de son licenciement, et que le juge puisse se référer à ces motifs afin de contrôler la cause de licenciement.

L'arrêt *Rogié*[868] a posé l'exigence que les motifs énoncés soient précis. L'imprécision est assimilable au défaut de motif. La jurisprudence ultérieure s'est efforcée de définir cette notion de motif précis[869]. Au-delà des fluctuations des espèces, il semble que cette exigence recouvre deux règles distinctes : le motif énoncé doit pouvoir permettre d'identifier la cause du licenciement, et il doit délimiter l'objet du litige.

286. Identification de la cause catégorique du licenciement

L'énonciation de la cause a pour première fonction d'identifier la cause catégorique de licenciement. Le motif doit permettre de déterminer sans équivoque si le licenciement obéit au régime des licenciements pour motif économique, à celui du licenciement disciplinaire, ou à celui de droit commun. Les motifs ne se confondent certes pas avec la cause[870]. Il est entendu que la qualification appartient au juge, et que l'employeur n'a pas l'obligation de qualifier les faits invoqués[871]. Cette qualification sera attribuée par le juge, conformément à l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile. Il est cependant requis que l'employeur invoque des faits qui puissent trouver un écho dans l'un des régimes du licenciement. Le motif précis s'entend ici du motif qui permet de déterminer le régime susceptible de s'appliquer.

Cette règle permet en premier lieu au salarié de connaître l'étendue de ses droits dans le licenciement. Elle est par ailleurs un instrument essentiel pour permettre l'exercice du contrôle judiciaire, et spécialement le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond[872].

La nécessité de l'énonciation de motifs faisant écho à la cause catégorique est particulièrement nette en matière de licenciement pour motif économique. La Cour de cassation exige que la lettre de licenciement précise à la fois la cause économique de la mesure (difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation) et ses effets sur l'emploi (suppression ou transformation d'emploi, modification du

868. prec. note 858

869. Pour une analyse de cette jurisprudence cf. P. Waquet, *La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail*, RJS 11/93, p. 631 ; F. Duquesne, *Enonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié*, Dr. soc. 1996, p. 374 ; P. Pochet, *Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement*, Dr. soc. 1995, p. 655 ; J. Morville, *L'énonciation des motifs de licenciement*, CSBP n° 89, 1996, p.93

870. Cf. J.Y. Frouin, *Le point sur la motivation de la lettre de licenciement*, RJS 7/99, p. 544

871. Pour un illustration : cf. Soc., 22 mars 1995, RJS 5/1995, n° 499

872. Cf. infra, n° 444

contrat de travail)[873]. La Cour de cassation opère ainsi une distinction entre la simple allégation d'une cause économique (référence à des difficultés économiques, mutations technologiques ou à une réorganisation) et la précision d'un motif répondant aux conditions de l'allégation fixée par l'article L. 122-14-2[874]. Les frontières entre le motif précis et la simple allégation d'une cause économique sont cependant difficiles à cerner, particulièrement lorsque la Cour de cassation hésite sur le niveau de justification exigible des entreprises. La Cour de cassation avait ainsi estimé, dans un arrêt du 13 juin 1996, que la décision de fermer un site constitue un motif précis[875]. Une décision ultérieure indiqua cependant que la seule indication de la fermeture de l'établissement « sans préciser les motifs économiques ou de changement de technologie » ne constitue pas l'énonciation d'un motif précis de licenciement[876].

L'exigence d'un motif pertinent peut ainsi être interprétée plus ou moins fermement par la Cour de cassation. Une interprétation particulièrement exigeante des règles sur le licenciement pour motif économique ne devrait-elle pas en outre emporter l'obligation pour l'employeur de montrer dans la lettre de licenciement son impossibilité de reclasser le salarié ? La jurisprudence a admis que les licenciements pour motif économique ne pouvaient intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement du salarié est impossible[877]. Elle reconnaît en outre que la charge de la preuve de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur[878]. Ne faudrait-il pas aujourd'hui aller plus loin et exiger de l'employeur qu'il précise les raisons de l'impossible reclassement afin que le juge puisse les contrôler ?

La même exigence devrait être posée en toute logique pour les licenciements tels que les licenciements pour inaptitude médicale ou pour accident et maladie professionnelle. Ces licenciements ne consacrent le droit de licencier que si sont réunis des éléments générateurs énumérés dans la loi. La motivation devrait faire apparaître à la fois l'impossibilité de maintenir le contrat de travail du salarié, et l'indépendance du motif à la maladie du salarié[879].

---

873. Soc. 11 juin 2002, Bull. civ., V, n° 200 : « La lettre de licenciement doit comprendre non seulement l'énonciation des difficultés économiques, mutations technologiques ou réorganisation de l'entreprise, mais également l'énonciation des incidences sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié licencié ». Voir également Soc. 24 sep. 2002, Bull. civ., V, n° 275, et antérieurement Soc. 6 juillet 1999, Bull. civ., V, n° 328 ; 5 octobre 1994, Irotex, RJS 1/94 n° 1257.

874. Soc 5 octobre 1994, Castel Frères, RJS 11/94, n° 1257 ; Soc., 13 juin 1996, Bull. civ. V, n° 236, D. 1998, Somm. p. 251

875. Soc., 13 juin 1996, Bull. civ. V, n° 236

876. Soc. 4 avril 2001, n° 40575. Antérieurement voir Soc., 7 avril 1998, RJS 5/98, n° 580. Voir infra n° 410pour la question de la justification économique de la fermeture d'un établissement.

877. Soc., 1er avril 1992, Bull. civ. V, n° 228

878. Soc., 17 nov. 1999, n° 97-40.018

879. voir L. 122-32-2. Des décisions ont indiqué - en se prononçant non sur la motivation de la lettre de rupture mais sur le fond du droit - que la seule existence d'un motif économique était insuffisante afin de prouver l'impossibilité de maintenir le contrat de travail (soc. 25 octobre 1995, RJS 1996, n° 17 ; Soc. 28 janvier 1998, Bull. civ., V, n° 37 ; Soc. 21 novembre 2000, Dr. soc. 2000, p. 198 obs. J. Savatier). Il conviendrait de tirer les conséquences de cette jurisprudence sur la motivation de la lettre de licenciement des salariés dont le contrat de travail est suspendu pour raison d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

287. Délimitation de l'objet du litige

La seconde fonction conférée à la motivation par la Cour de cassation est la délimitation de l'objet du litige. Les motifs énoncés doivent permettre, en cas de contestation du salarié, d'identifier les éléments de fait qui sont susceptibles de justifier le licenciement.

Cette règle est exprimée dans la jurisprudence par l'exigence que le motif exprimé renvoie à des éléments « *matériellement vérifiables* »[880]. Aussi la simple mention d'une catégorie juridique ne renvoyant à aucun fait aisément identifiable ne saurait suffire pour motiver le licenciement[881]. La seule référence à des « *fautes professionnelles* » ou à la « *perte de confiance* » ne saurait être considérée comme précise[882]. Cette règle est sans doute inhérente à la notion de motivation[883] : celle-ci est dépourvue d'intérêt si elle n'est que l'expression de catégories inscrites dans le droit. La motivation ne présente d'intérêt que si elle autorise un passage entre les faits et le droit.

Il est alors étonnant que la Cour de cassation admette la simple mention de certaines causes de licenciement comme un motif précis. Elle considère que la référence à « *l'insuffisance professionnelle* »[884] ou à l'insuffisance de résultat[885] constitue une motivation suffisante. Sans doute, ces catégories juridiques sont-elles étroitement circonscrites, et « *assez explicite[s]* » pour pouvoir être « *précisé[es] et discuté[es]* »[886]. Il peut pourtant sembler qu'elles sont trop peu étayées pour constituer une véritable motivation. L'employeur ne devrait-il pas au moins préciser en quoi l'inaptitude du salarié lui semble insuffisante ?

La tâche de la Cour est certes difficile : il ne s'agit pas d'instaurer un formalisme excessif qui imposerait à l'employeur une description précise des faits[887], et transformerait la lettre de licenciement en véritable « *roman fleuve* »[888]. Si on souhaite qu'elle permette véritablement de *« connaître les faits qui sont à*

---

880. Soc, 14 mai 1996, Bull. civ. V, n° 189, CSBP n°82, p. 207 ; RJS 1996, n°644 ; Soc., 26 mai 1999, Bull. civ. V, n° 235 ; Soc., 23 mai 2000, Bull. civ. V, n° 194

881. v. note F. Favennec-Hery, sous soc. 25 oct. 1995, Dr. soc. 1996, p.100

882. Ne sont pas considérés comme précis les motifs se référant :
- à des « faits graves » (soc. 25 octobre 1995, Dr. soc. 1996, p. 99)
- à la « perte de confiance », soc. 14 janvier 1998, RJS 3/98, n° 292
- à des « difficultés relationnelles », soc. 25 juin 1997, Bull. civ. V, n° 236

883. Cf. en droit administratif N. Poulet-Gibot Leclerc, Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs, D. 1992, chr., p. 61 (I, B)

884. Soc., 20 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 396

885. Soc., 13 déc. 1994, Bull. civ. V, n° 339

886. J.Y Frouin prec., p. 545

887. v. spec. sur l'absence de nécessité de dater les faits invoqués : Soc., 7 mars 1995, n° 366 ; Soc., 5 janvier 1995, Bull. civ. V, n° 5 ; adde J. Morville, *Motivation de la lettre de licenciement*, CSBP n° 71, p. 210 et les références citées

888. Expression de H. Blaise, note sous soc. 3 mai 1995, Dr. soc. 1995 p. 676 ; voir également P. Pochet, *Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement*, Dr. soc. 1995 p. 655, spec. p.658

l'origine de la rupture »[889], il est requis de ne pas accepter que la motivation puisse se limiter à de simples catégories juridiques.

L'obligation faite à l'employeur d'énoncer les raisons de ses actes ne se limite pas au respect d'une procédure non contentieuse. Cette obligation s'exprime également dans le rôle très particulier qui lui est confié dans le litige.

SECTION 2. LES RÈGLES DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

288. L'exigence de justification consiste en l'obligation de fournir les raisons d'un acte en vue d'un contrôle de celles-ci par un for externe. Elle comporte deux phases : l'énonciation et la discussion des motifs devant le destinataire de l'acte, et le contrôle des motifs par le juge en cas de désaccord sur leur bien fondé. L'institution de ce contrôle des motifs par le juge emporte l'application de règles originales de contrôle judiciaire (voir infra, 2e partie). Elle conduit également à donner aux parties un rôle spécifique dans le litige. L'exigence de justification imposée à l'employeur comprend une part contentieuse importante. L'aménagement des règles de preuve tend à mettre le fardeau probatoire à la charge de l'employeur (§1). Ce dernier est donc contraint de justifier ses choix devant le juge (§2).

§1. AMÉNAGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

289. L'exigence de justification conduit à un aménagement des règles de preuve. Les questions de preuve étant d'une grande complexité, les développements qui suivent ne font qu'esquisser un cadre qui permet de comprendre les exigences imposées à l'employeur lorsque le salarié conteste la légitimité d'une mesure patronale.

De manière générale, la preuve est définie comme l'opération par laquelle une personne tente de convaincre une autre personne de la véracité d'une proposition[890]. Les représentations de cette opération sont souvent faussées par la volonté de légitimer la production du discours juridique[891]. Aussi doit-on se garder de centrer l'étude de la preuve autour de l'idée de vérité[892]. Ce refus nous a conduit à réfuter l'utilité de la distinction entre charge de la preuve et charge de l'allégation faite dans le droit du licenciement[893]. L'objet de la preuve ne peut porter ici sur la vérité d'un fait, mais sur la légitimité d'un comportement. Elle ne résulte donc pas d'un

889. P. Waquet, *La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail*, RJS 11/93 p. 634

890. Cf. H. Levy Brühl, *La preuve judiciaire*, ed. Marcel Rivère, 1964, p. 15 ; adde J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, 4e ed. 1994, p. 1994 ; J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980.

891. Cf. X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve,* p. 80 sqq. ; *Vérité et légitimité dans la preuve*, Droits 1996, p. 31

892. Contrairement aux présentations doctrinales classiques : cf. Aubry et Rau, T12, 5e ed. § 749, qui définissent la preuve comme la soumission d'éléments de conviction au juge afin de « *justifier la vérité d'un fait* ». Voir la critique de X. Lagarde sur la notion de vérité, prec.

893. Cf. supra n°129

jugement d'existence, mais d'un jugement de valeur[894]. Cet objet spécifique de la preuve se retrouve dans tout litige sur la justification des mesures de gestion du personnel. L'opération de preuve ne consiste pas seulement à convaincre le juge de la vérité de faits matériels (le salarié a volé ou non tel objet), mais à le persuader du caractère légitime du choix de l'employeur (le vol est de faible importance, le salarié a toujours été irréprochable : il est injuste de le licencier). L'opération de preuve, dans ce contexte, est très particulière. La charge de la preuve a été aménagée afin d'adapter le contentieux à la spécificité de l'objet de la preuve. L'un des lieux communs des critiques adressées à la technique de l'abus de droit consistait à invoquer le caractère difficile, sinon impossible de la preuve de mobiles dont le salarié ne peut avoir connaissance, et dont il ne peut prouver la teneur. La protection du droit à la preuve a conduit à une modification de la charge de la preuve. Celle-ci est tantôt allégée, tantôt déplacée.

A. ALLÉGEMENT DE LA CHARGE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE POUR LE SALARIÉ

290. Le principe actori incumbit probatio

La détermination de la charge de la preuve répond de manière générale à la question « *qui doit apporter des éléments de conviction au juge* ? ». La question est traditionnellement réglée de manière simple par l'adage « *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor* ». Cette règle est parfaitement traduite en matière d'obligations par l'article 1315 du Code civil[895]. Il appartient à celui qui réclame le bénéfice d'une règle de convaincre le juge de l'existence des faits exigés par la règle pour que celle-ci produise effet (dits « *faits générateurs* »). Cette règle classique mêle en réalité deux opérations différentes. La première est *l'administration de la preuve*. Celle-ci répond à la question de savoir ce qui doit être prouvé par les différentes parties. La charge de la preuve ne peut être dissociée de la question de son objet[896]. La seconde est le *risque de la preuve* : il s'agit de déterminer qui doit perdre le procès en cas de doute sur l'existence des faits invoqués par les parties. Dans le droit classique, ces deux questions sont mêlées. L'administration de la preuve des éléments générateurs d'une règle pèse sur celui qui invoque l'existence de celle-ci. S'il ne parvient pas à convaincre le juge de l'existence de ces faits, il perdra le procès. Cette conception classique de la règle de preuve est adaptée à un système libéral dans lequel chacun est vu comme le mieux placé pour défendre ses propres intérêts. Le juge n'a ici qu'un rôle d'arbitre entre les deux parties. Le contentieux sur les justifications se pose dans un tout autre contexte. Les règles sont aménagées afin de préserver le droit à la preuve du salarié, et de lui permettre d'engager un contentieux sur le bien fondé des mesures patronales.

---

894. Cf. T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, JCP 1986, n° 3235

895. La règle de l'article 1315 ne s'applique pas aux seules obligations : selon la Cour de cassation, elle constitue l'application « *du principe général du droit selon lequel celui qui réclame l'application d'un droit doit justifier des conditions d'application de ce droit* ». Civ. 1ère, 17 octobre 2000, Bull. civ., I, n° 249 ; cf. N. Molfessis, La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rev. trim. dr. civ. 2001, p. 699

896. J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, p. 11

Cette perspective a conduit à un allégement de la charge de la preuve, qui se retrouve tant dans le droit du licenciement (1) que dans le droit disciplinaire (2).

1. Droit du licenciement

291. Conception retenue en 1973

Lors du vote de la loi du 13 juillet 1973, la question de la charge de la preuve a été présentée d'une manière fort confuse par les promoteurs de la loi. Décidé à alléger le fardeau probatoire imposé au salarié dans le contentieux sur la cause du licenciement, mais refusant de renverser la charge de la preuve, le législateur a renoncé à produire une règle de preuve explicite. L'article L. 122-14-3 dispose simplement que le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». Commentant cette formule, le ministre du travail de l'époque déclara que le nouveau dispositif était neutre au regard de la charge de la preuve. Selon lui, « *aucune des parties ne supporte la charge de la preuve. Elles sont mises à égalité. C'est le juge qui se voit confier la mission d'établir la preuve, l'une et l'autre partie, dans son propre intérêt devant lui en fournir les éléments. S'ils sont insuffisants, il appartiendra au juge d'en recueillir d'autres au moyen de toutes mesures d'instruction qu'il jugera appropriées* »[897]. Ainsi que les auteurs le notent souvent, le ministre du travail ne s'est prononcé que sur la question de l'administration de la preuve. Il a omis de se prononcer sur la question du doute qui pourrait subsister à l'issue des mesures d'instruction.

Les règles d'administration de la preuve de la cause réelle et sérieuse sont particulièrement difficiles à déterminer, en raison de la combinaison de différents facteurs : rôle de la procédure non contentieuse, rôle actif du juge dans la recherche des preuves, complexité de l'objet de la preuve. Pour autant, il ne semble pas exact d'affirmer que la loi de 1973 aurait neutralisé la charge de l'administration de la preuve, en mettant à égalité le salarié et l'employeur. Il semble que l'administration de la preuve de la cause réelle et sérieuse comporte deux dimensions distinctes : l'établissement des motifs, et la preuve de leur caractère réel et sérieux.

292. Preuve des motifs

En premier lieu, il appartient à l'employeur de montrer quel est le motif du licenciement. Cette exigence découle de la protection du droit à la preuve du salarié. Les motifs étant par nature subjectifs, seul l'employeur peut en établir la teneur.

Afin de simplifier le contrôle de la cause du licenciement, les magistrats confèrent à la lettre de licenciement un rôle essentiel dans ces opérations probatoires. L'énonciation écrite des motifs dans la lettre de licenciement constitue une condition de la possibilité pour l'employeur d'invoquer le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement. Cette condition est nécessaire mais non suffisante. L'employeur doit étayer ses affirmations et prouver quels ont été les motifs qui ont généré le licenciement. Faute de satisfaire à cette tâche, le juge conclurait directement que le licenciement n'a pas de cause réelle. Cette obligation

897. JOAN 30 mai 1973, p. 1145

de preuve des motifs est d'ailleurs exigée par l'article L. 122-14-3 lui-même, qui dispose que le juge doit contrôler *« le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur* ». Cette règle induit nécessairement que ce dernier doit faire valoir des motifs devant le juge[898].

L'argumentation que l'employeur doit développer dans ce cadre est plus ou moins étayée selon la catégorie du licenciement. Si le licenciement est prononcé pour insuffisance professionnelle, il suffira à l'employeur d'invoquer les éléments objectifs qui permettent de fonder cette insuffisance. En cas de licenciement pour motif économique, les éléments à fournir par l'employeur sont plus nombreux. L'employeur doit communiquer au juge, outre les motifs notifiés dans la lettre de licenciement, « *tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel en application des articles L. 321-2 et L. 321-4* » (art. L. 122-14-3), ce qui implique un certain contrôle du juge sur ces motifs[899]. En outre, afin que le juge puisse contrôler le motif, l'employeur devra avancer des éléments qui rendent vraisemblable la conformité du licenciement avec les exigences de la définition légale du licenciement pour motif économique, et celles relatives au respect de l'obligation de reclassement[900].

L'exigence d'établissement du motif s'étend ainsi bien au-delà d'une obligation d'allégation telle qu'on la conçoit habituellement. Elle ne se limite pas à une prétendue « *charge de l'allégation pré contentieuse* » limitée à la motivation de la lettre de licenciement. Elle exige que l'employeur étaye et rende vraisemblables les motifs qu'il invoque.

293. Le caractère réel et sérieux des motifs

Ce n'est qu'en cas de contestation de ces motifs – ce qui ne peut manquer d'arriver en pratique – que l'employeur doit ensuite développer des opérations de preuve proprement dite. Il devra produire des éléments de preuve matérielle afin de montrer que les éléments objectifs qu'il invoque, s'ils sont contestés, sont exacts. Il doit par ailleurs avancer des éléments qui permettent de considérer que les motifs invoqués sont sérieux : gravité de la faute, importance des difficultés économiques rencontrées, etc.

La règle de preuve attribue donc un rôle prééminent à l'employeur dans l'administration de la preuve. Il est chargé d'établir le motif du licenciement. La règle de preuve n'est pas formellement renversée. La Cour de cassation prend toujours soin d'affirmer que « *la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou à l'autre partie* »[901]. Force est pourtant de constater que les charges qui incombent à l'employeur dans l'administration de la preuve sont beaucoup plus lourdes que celles qui pèsent sur le salarié. Il doit établir le motif du licenciement, montrer la vraisemblance du motif invoqué, et étayer ses arguments sur le caractère réel et sérieux de la cause en cas de contestation par le salarié.

---

898. cf Soc., 8 oct. 1987, JCP 1987. IV. 380 : il appartient à l'employeur d'alléguer les faits sur lesquels il fonde le licenciement.

899. De façon contestable, la Cour de cassation a exclu l'application de ces règles pour les licenciements pour motif économique individuels: Soc. 10 décembre 2000, Bull. civ., V, n°318

900. Cf. Soc., 17 nov. 1999, n° 97-40.018

901. Soc., 11 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 436

294. L'allégement de la charge de la preuve pour le salarié

Le salarié bénéficie dans la preuve du licenciement de la cause réelle et sérieuse d'un régime qui lui est favorable. Il suffit qu'il se prévale de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour que le fardeau probatoire soit transféré sur l'employeur. La simple contestation des motifs que ce dernier invoque suffira le plus souvent à exiger de l'employeur qu'il étaye son argumentation. La Cour de cassation se refuse à considérer que le salarié ait à étayer son argumentation : il suffit qu'il conteste pour que la charge de la justification du licenciement soit confiée à l'employeur.

Dans un arrêt du 11 décembre 1997, la Cour de cassation a ainsi cassé pour violation de l'article L. 122-14-3 l'arrêt qui avait retenu que le salarié se contentait de nier de façon générale le reproche d'insuffisance professionnelle qui lui était fait, sans répondre de façon détaillée aux différents griefs de l'employeur[902].

2. Droit disciplinaire

295. Les dispositions relatives à la charge de la preuve en matière disciplinaire ont bénéficié de l'expérience acquise en matière de licenciement, et sont rédigées de manière plus claire. L'article L. 122-43 dispose que « *l'employeur doit fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

Comme en matière de cause réelle et sérieuse, il est impossible d'affirmer que cette règle emporte un renversement de la charge de la preuve. Elle consacre la règle d'un rôle actif du juge combiné avec un rôle prééminent de l'employeur dans l'administration de la preuve. L'employeur doit avancer tous les éléments qui justifient la sanction. Ces éléments doivent faire écho à la définition tant des sanctions que des fautes de l'article L. 122-41 du Code du travail.

B. DÉPLACEMENT DE L'OBJET DE LA PREUVE

296. L'aménagement des règles de preuve prend parfois une forme quelque peu distincte : le déplacement de l'objet de la preuve. Cette technique permet de transporter la preuve du « *fait litigieux impossible à établir sur un fait voisin* ». Ce fait implique « *raisonnablement l'existence du fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès* »[903]. Le déplacement de l'objet de la preuve modifie donc les règles d'administration de la preuve dans le but de faciliter la tâche du salarié. Cette technique est particulièrement utilisée en matière de discrimination. Le fait à prouver, le mobile discriminatoire, est pratiquement impossible à prouver, étant donné qu'il est soit caché par l'employeur, soit même lié à des facteurs structurels discriminatoires que l'employeur n'a pas directement voulus. Le déplacement de l'objet de la preuve permet donc d'établir la preuve du mobile discriminatoire.

---

902. Soc., 11 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 436 prec

903. M. Picard, *De la preuve par commune renommée*, Thèse, Paris, 1901, cité in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* prec., p. 133

1. L'établissement d'une discrimination prima facie en faveur du salarié

297. Rôle de l'évidence statistique

La preuve des discriminations, fussent-elles indirectes, ne peut être entièrement rapportée par le salarié. Celui-ci ne peut qu'établir l'existence d'une différence de traitement, mais ne peut démontrer que l'employeur est mû par des mobiles discriminatoires. C'est pourquoi la Cour de justice des communautés européennes a précisé qu'il est nécessaire de déplacer la charge de la preuve afin de ne pas « *priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* »[904].

L'objet de la preuve peut dès lors être déplacé sur deux éléments qu'il convient de bien distinguer.

En premier lieu, le salarié peut établir que la différence de traitement résulte de l'utilisation dans une norme d'un critère en apparence neutre à l'égard du sexe de la personne, mais qui conduit à défavoriser un plus grand nombre de salariés de l'un des deux sexes. Ce moyen d'établir une différence de traitement est par exemple utilisé en présence d'une différence de traitement entre les salariés à temps plein et les salariés à temps partiel. Si les salariés à temps partiel sont majoritairement des femmes, la différence de traitement pourra être considérée comme une différence de traitement *prima facie.* Il appartiendra alors à l'employeur de démontrer que cette distinction repose sur des critères objectifs et étrangers à toute discrimination. La preuve du caractère majoritairement féminin d'un groupe de salariés peut être établie de manière statistique. Elle peut également résulter d'une simple vraisemblance, lorsque l'emploi en question est occupé en général par des femmes. La Cour de justice admet une telle preuve en matière de liberté de circulation[905]. La Cour de cassation française a également accepté un tel raisonnement en estimant qu'une mesure affectant un « *emploi spécifiquement féminin* » (vendeuse en papeterie) faite « *sans aucun motif objectif* » constituait une mesure discriminatoire[906].

Les discriminations *prima facie* ne sont pas seulement établies par la preuve des effets discriminatoires d'une règle. Elles peuvent être prouvées par de simples régularités statistiques, permettant de montrer que les salariés féminins sont moins bien traités que les hommes[907]. Le contrôle des juridictions s'étend ainsi à toute situation de fait en apparence discriminatoire, que l'employeur devra justifier par des facteurs objectifs[908]. Le rôle de l'évidence statistique est cependant soumis à l'exigence de « *statistiques significatives* ». Dans l'arrêt *Royal Copenhagen*, la Cour

---

904. CJCE *Enderby*, prec., n° 14

905. Voir CJCE 23 mai 1996, aff. C-237/97, *John O 'Flynn c/ Adjudication Officer*, Rec. p. 2617 point 20 : pour qu'une mesure soit discriminatoire à l'égard d'un travailleur migrant, il suffit qu'elle soit susceptible par sa nature même d'affecter davantage des travailleurs migrants, sans qu'il soit nécessaire de produire des réalités statistiques.

906. Soc., 9 juin 1998, Bull. civ. V, n° 311.

907. Voir CJCE *Enderby*, 27 octobre 1993, prec.

908. La Cour de justice affirme ainsi que la différence de traitement peut provenir non seulement d'une disposition légale ou issue d'une convention collective, mais encore d'une simple « *action unilatérale* » de l'employeur (Arrêt *Jämställombudsmannen*, prec. point 51)

a précisé que la différence devait porter sur un « *nombre relativement important de salariés* »[909]. Par ailleurs, les groupes qui servent à établir cette différence de traitement doivent être composés de manière neutre. Ils doivent comprendre la totalité des salariés appartenant au même groupe de référence, en fonction de facteurs objectifs tels que « *la nature du travail, les conditions de formation, et conditions de travail* »[910]. Par ailleurs, les statistiques produites doivent révéler une différence significative[911]. En bref, ces différences ne doivent pas être l'expression de « *phénomènes purement fortuits ou conjoncturels* ». Cette appréciation laisse une large marge d'appréciation au juge afin que celui-ci détermine si les statistiques produites sont significatives ou non. Dans un arrêt ultérieur, elle a indiqué que ne pouvaient être considérés comme appartenant au même groupe, des salariés exerçant une même activité de psychothérapeute, dès lors qu'une partie d'entre eux avait une formation de médecin et une autre partie une formation de psychologues[912]. Certains en déduisent un peu rapidement un abandon de l'approche des discriminations indirectes établies par des statistiques[913]. C'est à notre sens oublier que le rôle des statistiques dans la jurisprudence communautaire est limité aux règles relatives à la preuve. Elles ne permettent pas d'établir une discrimination, mais seulement une différence de traitement *prima facie* qu'il appartient à l'employeur de justifier ensuite. Le juge conserve une marge d'appréciation importante pour considérer si les statistiques sont suffisamment pertinentes pour permettre de faire ensuite peser la charge de la preuve sur l'employeur.

Cette règle de preuve conduit à distinguer en réalité deux formes de discriminations indirectes. Les *discriminations par l'effet d'une règle* sont établies en prouvant l'utilisation d'une règle qui conduit à traiter défavorablement un groupe majoritairement composé de salariés d'un sexe. Les *discriminations le résultat d'une pratique*, par ailleurs, sont établies en montrant, au moyen de statistiques significatives, que les femmes sont moins bien traitées que les hommes. D'une simple régularité statistique peut ici être déduite une discrimination.

298. L'administration de la preuve dans les directives communautaires

Les directives récentes consacrées aux discriminations se sont contentées de reprendre les règles dégagées par la jurisprudence communautaire. La Directive 97/80 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination sexuelle[914] reprend ainsi un régime de preuve assez proche de celui dégagé par la Cour de justice[915]. Elle prévoit qu'il appartient aux États membres de prendre les « *mesures*

---

909. CJCE 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark / Dansk Industri*, Rec.1995, p. 1275

910. id. n°38

911. Cf. CJCE 9 février 1999, aff. C-167/97, *Seymour-Smith et Perez* Rec. 1999, p. 623, points 57-65. La Cour relève qu'une différence de 7, 5 points entre le pourcentage des femmes et celui des hommes susceptibles de bénéficier d'une mesure ne semble pas suffisante.

912. CJCE 11/05/1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, Aff. C-309/97, Rec.1999, p. 2865

913. Cf. A. Abanulo, *Equal pay for work of equal value : The « results-oriented » approach that never was*, ILJ 4/99, p. 365

914. Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe

915. Cf. M.-T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe, commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe,* Dr. soc. 1998, p. 688

nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ». Cette disposition confirme la nécessité d'une adaptation de la règle de preuve, dans le but d'alléger le fardeau probatoire incombant au salarié. Le déplacement de l'objet de la preuve par établissement d'un simple effet discriminatoire d'une règle ou d'une pratique est par ailleurs imposé par la définition de la discrimination indirecte dans cette directive. L'article 2 dispose que peut être considérée comme discrimination indirecte tout critère, disposition ou pratique, apparemment neutre qui affecte une proportion nettement plus élevée d'un sexe, à moins qu'il ne soit justifié par des facteurs objectifs indépendant du sexe. Cette disposition reprend la distinction essentielle entre les discriminations par l'effet de règles, et celles induites par le résultat des pratiques du chef d'entreprise. Il appartient à l'employeur de justifier devant le juge ces discriminations *prima facie*.

Malgré – ou peut-être grâce à – sa formulation peu précise, la formule de la directive 97/80 a été reprise dans les textes ultérieurs consacrés à la preuve des discriminations : directive sur l'égalité raciale[916] et directive fixant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement[917]. Ces textes combinent le principe d'un allégement du fardeau probatoire[918], et une définition des discriminations indirectes qui impose à l'employeur de justifier les différences de traitement résultant de ses règles ou de ses pratiques[919]. Les directives n'ont pas explicité le rôle qui devait être réservé aux statistiques. Seule la directive 2002/73 a fait mention de ce mode de preuve en énonçant seulement qu'il fait partie des modes de preuve libre pour établir les discriminations indirectes[920]. Faute de précision sur la valeur d'une telle preuve, cette précision n'a pas une portée autre que sympbolique. Il apparaît seulement que les directives n'excluent pas la preuve statistique des discriminations, mais qu'elles en admettent seulement la possibilité.

299. La jurisprudence française attribuera-t-elle à ces règles récentes la même portée que celle qu'elle a admise pour l'égalité sexuelle ? En particulier, est-il opportun de transposer dans le domaine des discriminations ethniques et raciales le mécanisme de la preuve des discriminations indirectes par le résultat de pratiques ? Admettre ce régime de preuve conduirait à obliger les employeurs à établir des statistiques sur les origines raciales de leurs salariés. Une telle obligation semble radicalement inconciliable avec l'idéal républicain, qui exige d'ignorer l'origine de chacun dans ses choix. Il semble donc que la preuve des discriminations indirectes devrait se limiter à la preuve des effets discriminatoires induits par une règle.

---

916. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

917. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

918. respectivement articles 8 et 9

919. article 2 de chacun des textes

920. Directive 2002/73/CE, considérant 10

300. Droit français

Encore que les textes soient imprécis et la jurisprudence rare, il semble que le droit français en la matière soit devenu conforme aux exigences communautaires. En matière d'égalité de rémunération, la Cour de cassation a déjà admis que la preuve *prima facie* d'une discrimination pouvait se déduire d'une simple différence de traitement entre des salariés placés dans une situation comparable[921]. La règle semble s'imposer avec une telle évidence que la Cour de cassation n'a pas hésité à la transposer aux cas de discriminations syndicales. Il suffit désormais au salarié qui se prétend victime d'une telle discrimination de montrer les retards de promotion dont il a pâti par rapport aux salariés placés dans une situation identique pour que l'employeur ait à justifier cette différence[922]. La Cour de cassation a pris le soin de préciser que la charge de la preuve n'incombait pas ici au salarié[923]. Ainsi que le note Mme Lanquetin, ces arrêts conduisent à une unification du régime de la preuve des discriminations[924]. Ce régime probatoire des discriminations a été renforcé par la nouvelle rédaction de l'article L. 122-45 issue de la loi du 16 novembre 2001. Celui-ci indique qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, il appartient au demandeur de présenter des « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination*. »

Des décisions récentes de la Cour de cassation montrent sa volonté de transposer les règles communautaires à l'ensemble du contentieux relatif à l'égalité de traitement. Alors que l'essentiel de la jurisprudence communautaire se concentre sur la question de l'égalité sexuelle, la Cour de cassation en admis la transposition à au domaine des discriminations syndicales. Elle indique que si le salarié « *a soumis des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité* », il revient à l'employeur « *d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »[925]. La référence générale faite au principe d'égalité, dégagé auparavant dans l'arrêt Ponsolle[926], montre une volonté de donner une portée générale à l'application de ces règles d'administration de la preuve[927]. L'arrêt est cependant de peu d'intérêt au regard des faits. Les éléments de faits susceptibles de mettre en évidence une discrimination *prima facie* étaient constitués par un défaut de respect des

921. Soc., 15 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 551 : accomplissement du même travail avec un même indice, une qualification et une ancienneté comparable : différence qu'il appartient à l'employeur de justifier.

922. Soc., 4 juillet 2000, Bull. civ., V, n° 264 ; Soc., 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 593. Cette règle exige cependant que le salarié fournisse des éléments qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination prima facie : Soc., 23 novembre 1999 Dr. soc. 2000, p 592

923. Soc., 28 mars 2000, prec.

924. M.T. Lanquetin, *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. soc. 2000, p. 589

925. Soc., 10 octobre 2000, Bull. civ., V, n° 317

926. Soc., 29 octobre 1996, Bull. civ. V, n° 359

927. Confirmation, s'il en était besoin : Soc. 13 janvier 2004, Bull. civ., V, n° 1, visant le principe « à travail égal, salaire égal » et l'article 1315 du Code civil : « s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une discrimination salariale de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination, justifiant l'inégalité de traitement dont se plaignent les salariés »

coefficients de la convention collective. Il est d'ailleurs à noter que la seule application de la convention collective eût ici abouti à la même solution. La Cour de cassation a donc profité d'un pourvoi assez confus invoquant une question de la charge de la preuve pour faire connaître la nouvelle fermeté dont elle entend faire preuve en matière d'égalité professionnelle.

2. L'obligation de justifier de l'employeur

Une fois la différence de traitement *prima facie* établie par le salarié, il incombe à l'employeur de justifier cette différence de traitement par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination. Cette exigence est posée dans la jurisprudence communautaire[928], dans les directives[929], et de la jurisprudence française[930]. En matière d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, elle est imposée par l'article L. 140-8 du Code du travail[931]. Cette charge de l'administration de la preuve est inhérente à tout procès relatif à la justification. Cette exigence consacre une véritable *charge de la justification,* qui impose à l'employeur d'étayer devant le juge les raisons de ses choix. L'employeur doit satisfaire au moins formellement à cette opération : il doit avancer des éléments de conviction devant le juge. S'il ne peut avancer aucun argument, la sanction consiste en l'application des sanctions des règles de fond[932]. Les mécanismes de l'argumentation par lesquels l'employeur peut remplir cette charge seront détaillés au titre de l'étude du contrôle judiciaire des justifications (cf. infra, 2e Partie).

§2. LE RISQUE DE LA PREUVE

301. L'attribution du risque de la preuve à l'employeur

Les règles sur la justification se singularisent par des règles relatives à l'administration de la preuve. Elles imposent à l'employeur de justifier les raisons de ses choix devant le juge. Par ailleurs, le juge dispose en la matière d'importantes prérogatives inquisitoriales, qui sont destinées à faciliter l'administration de la preuve. Se pose alors dans un second temps la question du risque de la preuve. Il se peut qu'à l'issue de ces opérations d'administration de la preuve, le juge conserve un doute sur le caractère justifié ou non des mesures de l'employeur. Il doit alors faire un choix entre l'attribution du risque à l'employeur ou au salarié. Ainsi que le note Mme Favennec-Héry, la question du doute est à distinguer soigneusement de celle de la carence dans l'administration de la preuve : « *le doute n'est pas l'ignorance,*

928. CJCE *Bilka*, prec.

929. Directive 97/80/CE article 2 : nécessité de « *facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* » ; directive 2000/43/CE : l'employeur doit justifier d'un « *objectif légitime » et de l'utilisation pour ce faire de « moyens appropriés et nécessaires* »

930. Cf. 23 novembre 1999 et 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, p 593 note M.-T. Lanquetin

931. Article L. 140-8 : « *l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée* »

932. CJCE 17 octobre 1989, *Danfoss*, prec.

c'est un stade supérieur de la connaissance, auquel peut seul accéder celui qui s'est mis en quête de la vérité »[933].

Il apparaît que la question du risque de la preuve est tranchée dans l'ensemble du groupe de normes étudiées par l'attribution du risque de la preuve à l'employeur : s'il ne parvient pas à convaincre le juge du bien fondé de ses mesures, il perd le procès. Il convient de distinguer le droit du licenciement et le droit disciplinaire, dans lesquels la question est expressément réglée par un texte, du droit de l'égalité de traitement, où la question n'est pas tranchée de manière aussi claire.

A. DROIT DU LICENCIEMENT ET DROIT DISCIPLINAIRE

302. Ainsi que nous l'avons vu, le législateur de 1973 avait omis de régler la question du doute[934]. La loi du 2 août 1989 a tranché la question en ajoutant à l'article L. 122-14-3 un second alinéa qui dispose « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ». Cette règle s'applique à tous les licenciements, quel qu'en soit le motif. La même règle a été adoptée en matière disciplinaire (art. L. 122-43).

Il semble toutefois que la question du doute se pose rarement en pratique[935]. En effet, il est improbable qu'une juridiction motive la solution qu'elle retient en laissant planer un doute sur la solution à apporter au litige. La fonction juridictionnelle implique par nature que le juge fasse un choix et prenne parti. Le juge tirera sa conviction d'un ensemble d'éléments tels que les faits soumis, l'attitude des parties à l'instance, la manière dont a été administrée la preuve. Il est cependant improbable que le juge fasse apparaître dans la motivation de sa décision les éventuels doutes qu'il conserve. Une telle argumentation ne serait que très faiblement convaincante. La teneur même du texte de l'article L. 122-14–3 enjoint au juge de se forger une opinion. Le second alinéa de ce texte ne fait que renforcer cette obligation[936].

B. LE RISQUE DE PREUVE DANS LE DROIT DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

303. La question du doute dans le droit de l'égalité de traitement n'est tranchée que de manière partielle. L'article L. 140-8 du Code du travail dispose qu'en matière d'égalité de rémunération, le doute profite au salarié.

Se pose alors la question de la détermination du risque de la preuve en dehors de ce domaine. La Cour de justice n'a jamais pris position expressément sur ce terrain. Elle ne s'est prononcée que sur la question de l'administration de la preuve.

---

933. F. Favennec-Hery, *Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire,* Dr. soc. 1990 p. 179

934. Cf. Supra n°143 sq.

935. Voir cependant Soc., 16 juin 1993, Bull. civ. V, n° 169 : le salarié (gardien de nuit) avait été surpris assoupi dans sa voiture, sans qu'on sache si cet état avait eu lieu pendant son temps de pause ou pendant son temps de travail. Ce doute doit conduire à trancher le litige en faveur du salarié. En matière disciplinaire cf Soc., 13 janv. 1992, RJS 1992, p. 173, n° 281

936. Cf. F. Gaudu, *Commentaire de la loi n° 89-549 du 2 août 1989…*, prec., ALD 1990, p. 1

La solution ne soulève guère d'hésitations. Le doute doit profiter au salarié dans l'ensemble du contentieux relatif aux discriminations. Cette solution s'impose non seulement pour des questions de cohérence des règles relatives aux discriminations, mais pour des questions de fond. Comme le montrent de nombreux auteurs, la question du risque de la preuve est davantage une question liée au fond du droit qu'à la procédure[937]. L'attribution du risque de la preuve suppose un choix entre deux prétentions contraires, et attribue un certain effet de droit aux allégations de l'une des parties[938]. Il est clair que les règles sur les discriminations ont pour parti pris de favoriser l'établissement de la preuve des traitements inégaux par le salarié. Dès lors qu'il peut établir l'existence *prima facie* des discriminations, le doute doit lui profiter.

Imposée par la logique juridique, la règle de l'attribution du risque de la preuve au salarié est également requise pour des questions d'efficacité de ces règles. La charge de la justification qui pèse sur l'employeur aurait une moindre portée si ce dernier pouvait se contenter de rendre vraisemblables ses arguments. Afin qu'il justifie pleinement des raisons de ses actes, il est nécessaire d'aboutir à une conviction du juge. Si un doute subsistait, il n'aurait pas totalement satisfait à ses obligations. Faute d'une telle règle, la théorie dite de l'apparence, jadis tant décriée en matière de licenciement, risque d'être à nouveau utilisée à mauvais escient, et finirait par entraver le droit des salariés à contester les discriminations indirectes.

On peut dès lors s'étonner de l'absence de toute attribution du risque de la preuve dans l'article L. 122-45 issu de la loi du 16 novembre 2001. Il serait logique que la Cour de cassation indique que le doute profite au salarié dans l'ensemble du contentieux relatif à l'égalité de traitement.

937. Cf J. Deveze, prec., n° 455 ; F. Favennec Hery, prec., Dr. soc. 1990, p. 180
938. Cf. F. Favennec, Thèse prec.

Chapitre 2

LA SANCTION DE LA VIOLATION DE L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

304. Notion de sanction en droit

Les règles juridiques imposent à l'employeur de justifier un grand nombre de ses choix. Il importe alors de comprendre comment sont sanctionnées les violations de l'impératif de justification.

La notion de sanction est cependant l'une des plus difficiles à définir. Les auteurs lui confèrent des significations très différentes. M. Jestaz a même pu la qualifier « *d'inconnue du droit* »[939]. Deux acceptions peuvent cependant être distinguées. Dans un premier sens, inspiré du droit pénal, la sanction est uniquement comprise comme une peine infligée à celui qui enfreint des règles juridiques prohibitives. La nullité, conséquence du non-respect des conditions de l'habilitation, n'est pas considérée ici comme une sanction. Dans un second sens, la sanction est comprise dans un sens plus large comme le *tarif*, c'est-à-dire les conséquences attachées au modèle de conduite imposé par la règle juridique[940]. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer les *rétributions* offertes par la règle juridique comme une sanction dite positive[941].

305. Distinction de la sanction et de la norme

Quelle que soit la définition retenue pour définir cette notion, il est essentiel de garder à l'esprit la distinction entre la norme juridique et sa sanction, tant les confusions en la matière demeurent prégnantes. La sanction a longtemps été considérée comme le signe même de la juridicité d'une norme, à tel point que de nombreux auteurs confondent la norme et sa sanction. Les théoriciens du droit distinguent à juste titre la règle juridique et sa sanction[942] : la règle détermine un modèle de conduite permettant d'évaluer les états de chose ; la sanction constitue la réaction de l'ordre juridique à l'absence de conformité des conduites à ce modèle[943].

---

939. Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, chr. p. 1

940. Voir en ce sens, Ph. Jestaz, prec.

941. Voir N. Bobbio, *Le sanzioni positive*, in *Dalla struttura alla funzione,* Comunità, Milan, 1977 p. 37

942. Voir en particulier H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* prec., p.152 sqq.

943. Voir infra n°350 sur la règle de droit comme modèle. Cette conception de la sanction s'écarte donc de conceptions plus larges de la notion de la sanction. Ainsi M. Jeammaud (op. cit. n° 23) estime que la sanction réside dans la simple utilisation d'une règle « *pour juger comment les choses auraient dû, doivent, ou devront être au point de vue de [l'] ordre juridique* ». La sanction se manifesterait dès lors « *davantage dans la motivation de la décision que dans son dispositif* »

La sanction sera donc définie, de manière purement opératoire, et sans entrer dans les débats théoriques relatifs à cette notion, comme la réaction de l'ordre juridique au défaut de conformité d'une situation au modèle signifié par une règle de droit. Les sanctions attachées par l'ordre juridique à la méconnaissance de l'impératif de justification sont d'une étonnante variété (Section 1). De manière théorique, l'identification de la notion de justification permet de proposer un système plus rationnel (Section 2).

Section 1. De lege lata, une grande diversité de sanctions

Section 2. De lege ferenda : le développement de sanctions spécifiques à l'impératif de justification

SECTION 1. DE LEGE LATA, UNE GRANDE DIVERSITÉ DE SANCTIONS

306. Diversité des sanctions

Les règles de procédure reçoivent dans notre droit les sanctions les plus diverses : sanctions pénales, dommages et intérêts, nullité de l'acte ou inopposabilité. Cette variété permet d'abord de relativiser l'unicité de la catégorie des normes désignées ici sous l'expression « *exigence de justification* ». Celle-ci découle de règles fort diverses, produites dans des contextes différents. Cette diversité ne permet toutefois pas de mettre en question le choix de regrouper dans une même catégorie l'ensemble des règles portant un impératif de justification. En effet, la sanction n'est pas de l'essence de la règle de droit[944]. Un modèle de comportement similaire peut recevoir une grande diversité de sanctions sans mettre en question l'unicité du modèle de conduite imposé par la règle.

Les sanctions de l'exigence de justification peuvent être réparties en deux catégories : les pénalités (§1) et les sanctions qui permettent de rétablir la légalité (§2).

De même, Melle Grevy distingue deux dimensions de la sanction : l'identification du caractère licite de la situation, et la réparation (M. Grevy, *La sanction civile en droit du travail*, Thèse, Paris-X, 1999, n°22 sqq.). Il est discutable de retenir une conception aussi large de la sanction. L'opération d'identification constitue une opération d'évaluation, et relève de l'application de la règle. Seule la réparation devrait être considérée comme une sanction. La recherche de Melle Grevy permet cependant de mettre l'accent sur le fait que la reconnaissance, la proclamation de la violation d'une règle constitue en soi une sanction juridique. Il est toutefois excessif de désigner cette proclamation comme une opération *d'identification* de l'illicéité. Cette dernière relève d'une opération d'évaluation.

944. H. Kelsen, prec.

§1. PÉNALITÉS

307. Bien que le terme ne soit pas d'une grande précision, entendons par pénalités les réactions instituées par l'ordre juridique afin d'inciter l'employeur à respecter les règles sur la justification.

Ces sanctions ont tantôt une nature pénale, tantôt une nature civile.

A. SANCTIONS PÉNALES

308. Non-respect des obligations consultatives

La méconnaissance de l'exigence de justification reçoit en certains cas des sanctions pénales.

Celles-ci sont instituées en premier lieu lorsque l'employeur ne respecte pas les prérogatives consultatives du comité d'entreprise. L'article L. 483-1 du Code du travail dispose que toute entrave au fonctionnement régulier du comité est punissable d'un an de prison et d'une amende de 3750 € ou d'une seule de ces deux peines. La méconnaissance des prérogatives du comité d'entreprise dans la procédure de licenciement pour motif économique reçoit des sanctions spécifiques. L'absence de consultation en ce cas est punie par les peines instituées par l'article L. 321-11. La méconnaissance des règles relatives aux critères d'ordre est sanctionnée par l'article R. 362-1-1.

L'employeur peut se rendre coupable du délit d'entrave s'il omet de consulter le comité d'entreprise. Il s'abstient ainsi de fournir toute justification sur les choix effectués. Il en est ainsi lorsque le chef d'entreprise a manifestement voulu placer le comité d'entreprise devant le fait accompli[945]. La décision devant nécessairement être précédée de la consultation, le délit sera caractérisé lorsque la décision a été arrêtée préalablement à la consultation. Tel est le cas des décisions de cession d'action réalisant une cession de contrôle de l'entreprise[946] ou de la fermeture de l'entreprise en l'absence de consultation du comité[947].

Par ailleurs, l'employeur peut être condamné s'il ne remplit pas pleinement son obligation de justifier ses choix devant le comité d'entreprise, s'il ne fournit que des informations parcellaires ne permettant pas de comprendre les raisons de l'acte envisagé ou s'il refuse de répondre aux questions soulevées par les membres du comité d'entreprise. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi pu estimer que se rend coupable de délit d'entrave l'employeur qui ne fournit pas au comité d'entreprise des informations « *précises et complètes* » sur les modes de rémunération de salariés sur le point d'être embauchés[948]. De même, si l'employeur se borne à informer le comité d'entreprise d'un changement d'horaires, en se refusant à toute discussion[949].

---

945. Crim. 21 nov. 1978, Bull. crim. n° 324 ; crim. 11 mai 1989, Rev. Sc. Crim. 1989, 767, obs. A. Lyon-Caen

946. Crim 2 mars 1978, Bull. crim. n°83, Dr. soc. 1978 p. 369 ob. J. Savatier ; 10 nov. 1981, Bull. crim. n° 300.

947. Crim 23 avr. 1981, D. 1982, IR p. 77, obs. J. Pélissier

948. crim. 6 oct. 1992, Bull. crim. n° 305

949. Crim. 3 mars 1981, D. 1982, IR 77, obs. Pélissier

Il est logique que la justification soit sanctionnée ici par le délit d'entrave, sanction habituelle de la méconnaissance des obligations consultatives à l'égard du comité d'entreprise. La justification patronale est ici l'un des moyens de l'exercice de ses prérogatives. Ces règles sont d'ailleurs dissuasives, pour peu que les membres du comité les mobilisent. Elles peuvent être un moyen efficace afin de faire respecter l'obligation de justification pesant sur l'employeur. La Cour de cassation admet plutôt facilement l'existence du délit d'entrave. L'élément intentionnel du délit est déduit du seul caractère volontaire des agissements constatés[950]. Il suffit que les prévenus n'ignorent pas les effets sur les conditions de travail d'une restructuration, pour que le délit d'entrave soit constitué[951].

Si le délit d'entrave est une sanction dissuasive afin de faire respecter les prérogatives du comité d'entreprise, cette sanction n'a pas vocation à protéger d'autres personnes que le comité lui-même. Aussi les salariés, qui ont un intérêt dans l'exigence des justifications patronales, ne peuvent-ils se constituer partie civile afin d'exiger la sanction du défaut de justification. A leur égard, il serait possible de sanctionner l'employeur par la déchéance du droit de se prévaloir des motifs non régulièrement énoncés au cours de la procédure consultative[952].

309. Sanctions pénales hors des obligations consultatives

Les sanctions pénales sont également admises hors des questions de méconnaissance des obligations consultatives du comité d'entreprise. Elles s'appliquent en premier lieu en cas de violation des règles sur la négociation collective obligatoire. L'article L. 153-2 prévoit que la violation des règles sur l'obligation de négocier dans l'entreprise constitue un délit d'entrave à l'exercice des activités syndicales. La jurisprudence de la Chambre criminelle a interprété de manière restrictive ces dispositions. Elle a considéré que seul pouvait être sanctionné le défaut d'ouverture des négociations. Les comportements de l'employeur au cours des négociations ne peuvent recevoir de sanction pénale[953]. La Cour livre ainsi une conception très formelle de la négociation collective[954].

Il convient par ailleurs de signaler que la sanction pénale est également applicable en cas de discrimination (Article 225-1 du Code pénal). L'exigence du caractère intentionnel de ce délit exclut cependant d'appliquer ces sanctions en cas de discrimination indirecte. La sanction pénale des discriminations concerne donc la prohibition des mobiles illicites, et n'est pas directement liée à la question de la justification.

B. SANCTIONS INDEMNITAIRES CIVILES

310. La méconnaissance de l'exigence de justification engendre souvent pour l'employeur l'obligation de dédommager le salarié en lui octroyant des dommages et

950. Ass. Plen. 28 janv. 1983, Dr. soc. 1984 p. 511, note Couvrat et Massé, D. 1983, J. 269, ccl. Cabanes.

951.Crim. 27 mars 1990, RJS 1990, n° 502

952. Cf. Infra, n° 333

953. Crim., 4 oct. 1989, Bull. crim. n° 341, D. 1990. Somm. 166, obs. A. Lyon-Caen

954. M.-A. Rotschild-Souriac, *Le droit à la négociation et sa sanction*, Dr. soc. 1982. 733

intérêts[955]. La détermination de leur montant obéit à trois logiques différentes : fixation d'un plafond, fixation d'un plancher ou indemnisation en fonction du préjudice subi.

1. Indemnités plafonnées

311. Méconnaissance de la procédure de licenciement

En application de l'article L. 122-14-4 alinéa 1 du Code du travail, le licenciement en méconnaissance des règles de procédure engendre l'octroi d'indemnités au salarié, plafonnées à un mois de salaire. Cette règle traduit essentiellement la faible importance accordée par le législateur de 1973 à la procédure de licenciement. La question a fait l'objet de débats lors du vote de la loi du 13 juillet 1973. Le projet de loi initial prévoyait l'octroi d'une somme forfaitaire égale au minimum aux six derniers mois de salaire quelle que soit la règle violée[956]. Il a été modifié lors du vote à l'Assemblée Nationale d'un amendement opérant la distinction entre la violation de la procédure et celle du fond du droit[957]. Les arguments mis en avant lors de la discussion parlementaire se rapportaient à l'injustice de sanctionner de manière identique des fautes d'une gravité très inégale[958]. L'inévitable argument du coût de cette mesure pour les petites entreprises a également été avancé[959]. Le ministre du travail avait condamné de manière ambiguë cet amendement[960] qui fut cependant adopté, après quelques hésitations sur le montant du plafond fixé.

Certains soulignent aujourd'hui le caractère insolite de cette règle qui fait obstacle au principe de la réparation intégrale, et s'interrogent sur sa compatibilité avec les principes constitutionnels[961]. Sa valeur pourrait également être contestée au titre du droit communautaire[962].

---

955. Pour une étude détaillée, Cf. C. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, 1997, n° 26 sqq. ; M. Grevy, Thèse, prec., n° 108 sqq

956. Projet de loi modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, Projet de loi n° 197, article 24 q ; après amendement de ce texte par l'Assemblée, la Commission des Affaires sociales du Sénat voulut revenir à la construction initiale. Elle considérait que la distinction « *séduisante en apparence, […] s'avère inadaptée après mûr examen : , des manquements de procédure peuvent être beaucoup plus graves s'ils sont délibérés et volontaires, que des manquements au principe du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement. En outre, il est essentiel de garantir, par des sanctions assez sévères, le respect d'une procédure suffisamment simple pour être aisément respectée.* » (rapport Méric, Sénat, annexe au procès verbal de la séance du 14 juin 1973, n° 308, p. 47). Cette proposition ne sera pas retenue par le Sénat, le rapporteur de la Commission des lois s'y montrant hostile (J.O. Deb. Parl. N° 26 Sénat du 21 juin 1973, p. 854 et s.)

957. Amendement déposé par R. Boudet, J.O. Deb. Parl. N° 35 A.N. du mercredi 30 mai 1973 p. 1629

958. L'argument est d'ailleurs très discutable au regard du droit de la responsabilité : le montant de l'indemnisation n'est que très rarement fonction de la gravité de la faute.

959. Voir les remarques de A.G. Voisin, id. p. 1630

960. « *La procédure de la phase préliminaire est, à nos yeux, importante et il nous semble utile d'inciter l'employeur à y porter toute son attention* », ibid.

961. Cf. M. Grevy, prec. nº170

962. Cf. CJCE 22/04/1997, aff. C-180/95, *Draehmpaehl / Urania Immobilienservice*, Rec., p. 2195 (plafond de trois mois de salaire incompatible avec le dédommagement des discriminations subies au cours du recrutement). On peut estimer que la règle de l'article L. 122-14-4 pourrait être mise en cause en cas de discrimination indirecte dans le licenciement.

La faible importance accordée par le législateur aux règles procédurales du licenciement est également attestée par le principe selon lequel les irrégularités de fond absorbent les irrégularités de forme. L'article L. 122-14-4 ne prévoit de sanction pour les irrégularités procédurales que lorsque le licenciement est pourvu d'une cause réelle et sérieuse. Le législateur a considéré ici que la sanction des irrégularités de fond était en ce cas prépondérante. Seule est attribuée en ce cas une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[963].

312. Règles de procédure soumises au plafond indemnitaire

Toutes les règles de la procédure de licenciement ne sont cependant pas soumises à cette règle de plafonnement. L'article L.122-14-4 ne prévoit cette sanction que pour la méconnaissance des règles de procédure de la section du Code consacrée à la résiliation du contrat de travail. Ce plafonnement ne s'applique donc qu'en cas de méconnaissance des règles relatives à la convocation, au déroulement de l'entretien préalable, et à la notification du licenciement. Les règles sur la procédure collective de licenciement pour motif économique de l'article L. 321-2 en sont exclues[964]. L'article L. 122-14-5, d'une manière peu logique, exclut du champ d'application de cette règle les salariés dont l'ancienneté est inférieure à deux ans ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés. Ceux-ci peuvent prétendre à une indemnisation compensant le préjudice subi. Les hésitations de la jurisprudence relatives à la sanction de la violation des règles relatives à l'assistance des salariés en ce cas montrent la faible cohérence des textes français sur la sanction du licenciement irrégulier. L'article L. 122-14-5 énonce que les salariés appartenant à une entreprise de moins de onze salariés ou dont l'ancienneté est inférieure à deux ans ne peuvent prétendre qu'à une indemnisation proportionnelle au préjudice subi « à l'exception des règles relatives à l'assistance du salarié ». La Cour de cassation déduisit de cette rédaction que cette exclusion conduisait à appliquer en ce cas les règles de droit commun de l'article L. 12-14-4[965]. L'importance reconnue à la règle procédurale conduisait alors à un paradoxe. Si le licenciement prononcé en méconnaissance de ces règles était pourvu d'une cause réelle et sérieuse, le salarié se voyait appliquer le plafond d'un mois de salaire, alors que l'article L. 122-14-4 ne permettait nullement un tel plafonnement. Cette jurisprudence ne permettait donc pas d'assurer l'effectivité des sanctions en cas de violation des règles relatives à l'assistance. Les décisions ultérieures aggravèrent cette situation. Un arrêt du 18 décembre 2000 plafonna l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse au montant des salaires perçus lorsque l'ancienneté du salarié était inférieure à six mois[966]. Ce choix amoindrit le caractère dissuasif de la sanction forfaitaire. Il change la nature de l'indemnité due en cas de violation des règles de fond. Celles-ci constituent en principe un plancher minimal, mais la Cour de

963. Cf. Soc., 15 mars 1978, Bull. civ. V, nº188 ; Soc., 20 janvier 1998, Bull. civ. V, nº18. Certains estiment néanmoins que, bien qu'une indemnité unique soit ici attribuée, rien n'interdit que cette indemnité répare deux préjudices distincts découlant de la méconnaissance des règles de procédure et de celle des règles de fond. Cf. Soc., 30 mai 1990, D. 1990, p. 559, note JP Karaquillo. Voir encore C. Rade, prec., n° 61

964. Voir infra n°316

965. Soc. 19 juillet 1995, Dr. soc. 1995, p. 934, obs. J. Savatier ; 13 novembre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1096, obs. P. Waquet

966. Soc. 18 décembre 2000, Bull. civ., V, n° 426

cassation leur donne dorénavant la nature d'un plafond d'indemnisation. Un arrêt du 5 février 2003 éroda encore l'indemnisation due au salarié. Il énonça que les règles de l'article L. 122-14-5 ne s'appliquent qu'aux irrégularités procédurales[967]. En d'autres termes, la spécificité des sanctions de la violation des règles sur l'assistance du salarié sont désormais limitées à l'application du plafonnement à un mois de salaire des indemnités pour irrégularité de procédure lorsque le salarié a une ancienneté inférieure à deux ans ou que son entreprise emploie moins de onze salariés. Il est difficile de justifier ces errances jurisprudentielles autrement que par l'incohérence de la rédaction des textes sur la sanction de la violation des règles relatives à la procédure de licenciement. Cette incohérence est également décelable dans la détermination des règles sur le cumul entre les indemnités pour irrégularité de procédure et méconnaissance des règles de fond. La lettre de l'article L. 122-14-4 exclut tout cumul de ces indemnités[968]. L'article L. 122-14-5 n'exclut pas un tel cumul pour les licenciements de salariés dont l'ancienneté est inférieure à deux ans ou travaillant dans des entreprises de moins de 11 salariés. Conformément au droit commun de la responsabilité, la Chambre sociale a admis en ce cas la possibilité d'un cumul[969]. Elle l'admet également lorsque l'employeur a méconnu les règles relatives à l'assistance du salarié[970]. La Cour de cassation admet également de façon très large que la méconnaissance des règles conventionnelles sur la procédure de licenciement se cumulent avec les indemnités dues en cas licenciement injustifié[971].

La méconnaissance des règles relatives à la motivation de la lettre de licenciement reçoit par ailleurs la sanction propre à la violation des règles de fond. Cette règle peut être analysée comme l'application d'une règle de déchéance du droit de se prévaloir de la cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque la procédure n'a pas été respectée[972].

L'absence de cohérence entre ces diverses solutions laisse penser qu'une refonte de l'ensemble des règles sur la violation de la procédure de licenciement serait aujourd'hui d'une grande utilité.

2. Fixation d'un plancher

313. Moins surprenant au regard des règles de droit commun est l'octroi de dommages et intérêts d'un montant minimal. Une telle règle illustre la fonction de peine privée que recouvre la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse : elle revêt « *le caractère hybride d'une amende civile sanction de la faute, indépendamment du préjudice, et d'une réparation forfaitaire au profit du salarié* »[973]. Cet aspect répressif a été souligné lors du vote de la loi du 13 juillet

967. Soc. 25 mars 2003, Dr. soc. 2003, obs. B. Gauriau.
968. Soc. 15 mars 1978, Bull. civ., V, n° 188
969. Soc. 28 janvier 1998, Bull. civ., V, n° 44
970. Soc. 5 février 2003, prec.
971. Soc. 1er juin 1994, Bull. civ., V, n° 184
972. Cf. infra n° 333 sqq.
973. G.H. Camerlynck, op. cit. n° 472 p. 502

1973[974]. Le montant, au moins égal au salaire des six derniers mois, a été considéré comme une somme élevée au regard de la réparation de l'abus de droit[975]. L'aspect répressif réside notamment dans le fait que la sanction s'applique même si le salarié a retrouvé du travail, et ne subit par conséquent aucun préjudice.

Son montant peut toutefois être augmenté si le salarié parvient à prouver que le préjudice qu'il subit est plus important. Celui-ci peut provenir du préjudice moral que lui cause le licenciement[976] ou des difficultés qu'il éprouve à retrouver un emploi[977]. Il peut également résulter de circonstances du licenciement rendant ce dernier abusif. En ce cas, les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse se cumulent avec les indemnités pour licenciement abusif[978].

314. *L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, étalon de l'évaluation du préjudice subi en cas de nullité du licenciement*

La Cour de cassation accorde par ailleurs au salarié licencié pour un motif illicite une indemnité au moins égale à celle attribuée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette sanction est appliquée lorsque le salarié ne réclame pas que soit ordonnée la poursuite du contrat de travail. La Cour de cassation a admis cette règle pour un licenciement prononcé en raison du handicap d'un salarié, mais elle a posé une règle générale en ce sens[979].

3. Indemnités attribuées en fonction du préjudice subi

315. La méconnaissance des règles relatives à la justification donne enfin lieu à l'application de la règle de droit commun de l'attribution de dommages et intérêts en fonction du préjudice subi[980]. Cette sanction trouve sa place tant dans le droit du licenciement, que dans le droit disciplinaire et le droit de l'égalité de traitement.

---

974. Bonhomme, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, J.O.A.N., annexe au procès-verbal de la séance du 17 mai 1973, p. 50 : « *Le taux élevé de cette indemnité paraît une arme de dissuasion efficace pour inspirer à l'employeur le respect d'une procédure édictée dans un but protecteur pour le salarié et l'inciter à quelque réflexion avant de prendre sa décision de licenciement* ». Dans le même sens, voir la déclaration de G. Gorse, ministre du travail, de l'emploi et de la population, J.O. Deb. Parl. N° 32 A.N. du mercredi 23 mai 1973, p. 1446 : « *la fixation légale d'une indemnité minimale à un taux élevé est elle-même une garantie importante contre des licenciements injustifiés. La perspective d'une lourde sanction aura un effet dissuasif à l'égard des chefs d'entreprise*. ». Lors du vote de la loi à l'Assemblée, G. Gorse a précisé que « *la fixation d'un minimum doit entraîner […] un effet dissuasif. C'est une sorte d'amende civile qui sanctionne l'abus dans le licenciement* ». J.O. Deb. Parl. N° 35 A.N. du 30 mai 1973 p. 1630

975. Rapport Bonhomme, prec. p. 50 selon lequel les indemnités versées pour rupture abusive « *ne dépasseraient guère deux à trois mois de salaire* ».

976. Soc., 25 janvier 1989, Bull. civ. V, n° 64

977. soc., 12 juill. 1999, n° 97-41.432

978. Soc., 21 févr. 1995, n° 93-44.340 ; Soc., 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 77

979. Soc., 27 juin 2000, Bull. civ. V, n° 250 « *le salarié, victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail* »

980. Sur le calcul de ce préjudice, voir M. Keller, *L'évaluation du préjudice né de la perte d'emploi,* D.O. 1996, p. 264

a)Droit du licenciement

316. Méconnaissance des règles de la procédure de licenciement pour motif économique

L'attribution de dommages et intérêts correspondant au préjudice subi est applicable à de nombreuses règles relatives à la justification du licenciement.

Cette sanction s'applique en premier lieu lorsque le salarié peut se prévaloir individuellement de la méconnaissance de règles collectives du licenciement pour motif économique, ainsi que le prévoit l'article L. 122-14-4 alinéa 3.

La Cour de cassation a assimilé à ces règles celles relatives à la méconnaissance des règles sur la convention de conversion[981]. Contrairement aux règles qu'elle pose en matière de violation des règles sur l'ordre des licenciements, et sur le non-respect de la procédure individuelle, elle admet le cumul des indemnités pour violation des règles sur les conventions de conversion avec celles pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[982].

317. Abus du droit de licencier

Le salarié peut également obtenir une réparation proportionnelle au préjudice subi s'il prouve le caractère abusif du licenciement. La distinction entre le licenciement injustifié et le licenciement abusif n'est pas très claire depuis la loi du 13 juillet 1973. La catégorie des licenciements sans cause réelle et sérieuse aurait pu absorber celle des licenciements abusifs. La terminologie légale n'est d'ailleurs pas très précise, puisque l'article L. 122-14-5 évoque la sanction du « *licenciement abusif* » en désignant le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La jurisprudence a cependant reconnu l'existence de licenciements dont la cause est réelle et sérieuse, mais qui sont abusifs en raison des circonstances dans lesquelles ils sont prononcés[983]. Il en est ainsi lorsque le licenciement procède de circonstances « *brutales et vexatoires* »[984]. De même, les circonstances d'un licenciement prononcé pour faute grave peuvent exiger une indemnisation du préjudice subi par le salarié[985].

318. Hésitations jurisprudentielles relatives à la sanction des critères d'ordre du licenciement pour motif économique

La réparation du préjudice en fonction du préjudice subi est appliquée, d'une manière plus discutable, à la méconnaissance des règles relatives aux critères d'ordre du licenciement pour motif économique. Cette question a fait l'objet de revirements jurisprudentiels successifs. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait affirmé que la violation des règles sur les critères d'ordre du licenciement ne pouvait donner lieu qu'à des dommages et intérêts réparant le préjudice subi, et non

---

981. Soc., 3 juillet 1990, Bull. civ. V, nº 334, D. 91, somm. A. Bouilloux ; Soc., 4 mars 1992, Bull. civ. V, nº 154

982. Soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, nº 332. Revirement : voir auparavant Soc., 14 mai 1996, Bull. civ. V, nº 188, Dr. soc. 1996, p.743 obs. F. Favennec-Hery

983. Cf. C. Radé, prec., n° 372 sq.

984. Soc., 7 mars 1991, Bull. civ. V, n° 114 ; pour une application au licenciement pour motif économique cf. CPH Tours, 13 décembre 1993, *SKF* (obligation immédiate de quitter les lieux de travail en taxi) ; Caen 27 décembre 1999, Vitrouil (annonce du licenciement par haut-parleur aux salariés rassemblés sur le parking de l'entreprise). Arrêts reproduits in P. Bironne, Licenciement économique vexatoire, La jurisprudence SKF fait des adeptes, JSL n° 51 du 8 février 2000

985. Soc., 19 juill. 2000, n° 98-44.025

à l'application des règles de l'article L. 122-14-4 relatif à la sanction du licenciement[986].

Par un arrêt remarqué, la Cour affirma que « *l'absence de réponse de l'employeur, à la demande du salarié l'invitant à lui préciser les critères relatifs à l'ordre des licenciements, laisse le salarié dans l'ignorance du motif réel de son licenciement, lequel est, dès lors, dépourvu de cause réelle et sérieuse* »[987]

Cet arrêt fut approuvé par la doctrine et interprété comme le signe d'un revirement jurisprudentiel[988]. Non seulement la Cour de cassation admettait que le défaut de réponse de l'employeur à la demande d'énonciation des critères d'ordre du licenciement par le salarié pouvait être sanctionné par les règles générales relatives au licenciement, mais la motivation de la Cour de cassation était explicite sur le sens de ce choix normatif. L'ignorance par le salarié des raisons qui ont conduit à son choix dans l'opération de licenciement pour motif économique privait de cause réelle son licenciement. Il semblait donc que la Cour de cassation ne se prononçait pas sur la seule question du défaut de réponse à la demande d'énonciation des critères d'ordre par le salarié. La solution pouvait être étendue à d'autres questions : la violation des critères d'ordre choisis ou l'a fixation de critères illégitimes, auraient pu recevoir la même sanction. Le caractère réel et sérieux de la cause d'un licenciement pour motif économique aurait donc pu être apprécié au double regard de la cause économique du licenciement et de l'ordre des licenciements. Ainsi compris, l'arrêt du 26 janvier 1996 pouvait être vu comme une extension des principes relatifs à la lettre de licenciement dégagés par l'arrêt *Janousek,* à la question de l'ordre des licenciements, inspirée des mêmes préoccupations : rendre effectives les règles sur la procédure de licenciement au moyen de l'instauration de sanctions sévères.

Cette solution n'était pas seulement opportune : elle pouvait être étayée par la logique juridique. Les raisons qui conduisent l'employeur à licencier un salarié pour un motif économique doit résulter de la combinaison de considérations d'ordre économique dans la décision de licencier, et de considérations d'ordre social dans la sélection des salariés concernés. L'appréciation de la cause économique d'un licenciement devrait donc se nourrir de l'examen de ces deux motifs[989]. Pour le salarié, le préjudice consécutif à une cause économique erronée ou celui consécutif à l'application de critères de choix illégitime est le même : la perte injustifiée de l'emploi[990]. Juridiquement, les textes du Code du travail n'offrent aucune solution incontestable sur cette question.

---

986. Soc., 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 51, Dr. soc. 1990 p. 515, note J. Savatier ; Soc., 30 juin 1992, RJS 1992, n° 983 ; Soc., 13 juillet 1993, RJS n° 972

987. Soc., 26 janvier 1996 ; Bull. civ. V, n° 23 ; Dr. soc. 1996 p. 478 note de J. Savatier ; JCP. ed. E 1996 p. 89 obs. G. Picca ; D. 1996, J. p. 250 note P.Y. Verkindt ; JCP 1996, II, 22604, note F. Duquesne. ; B. Boubli, Sem. Soc. Lamy, 1996, n°777

988. Voir les notes précitées, à l'exception des réserves exprimées par le professeur Savatier, prec.

989. V. Les remarques de l'Avocat général P. Lyon-Caen dans ses conclusions pour l'arrêt du 14 janvier 1997, *L'ordre des licenciements : critères et sanctions*, Dr. soc. 1997 p. 161.

990. Cf. P. Lyon-Caen, prec., p. 161 ; la seule sanction spécifique à appliquer lorsque le licenciement a une cause économique réelle mais quand les règles sur les critères d'ordre n'ont pas été respectées concerne le remboursement des indemnités de chômage versées au salarié par les ASSEDIC. En ce cas, un tel remboursement n'a pas lieu d'être, étant donné qu'un autre salarié aurait été licencié. Ibid.

La distinction des sanctions générales du licenciement et de celles relatives aux critères d'ordre des licenciements économiques est uniquement un héritage historique. La particularité de ces règle provient de l'ancien partage du contrôle des licenciements entre les juridictions administratives et les juridictions civiles. Le contrôle des critères d'ordre demeurait l'une des rares prérogatives conservées par les juridictions judiciaires face au contrôle administratif des licenciements économiques[991]. La spécificité de la sanction appliquée aurait donc permis à la Cour de cassation de maintenir son contrôle sur ces questions. La soumission des licenciements pour motif économiques au canon de la cause réelle et sérieuse devrait conduire à intégrer dans une même opération le contrôle sur la cause économique du licenciement et celui sur la sélection des salariés concernés.

Pourtant, la Cour de cassation a infléchi le mouvement engagé par l'arrêt du 26 janvier 1996, et a préféré revenir à sa jurisprudence initiale. Dans un arrêt du 14 janvier 1997[992], elle affirme que « *l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique […] n'est pas soumise aux sanctions énoncées à l'article L. 122-14-4 du Code du travail* ». Des arrêts ultérieurs ont confirmé ce revirement jurisprudentiel[993]. Sur la question spécifique du défaut de réponse de l'employeur à la demande d'énonciation des critères d'ordre par le salarié, la Cour de cassation a formulé une règle contraire à celle admise dans l'arrêt du 26 janvier 1996. La Chambre sociale a rejeté le pourvoi d'un salarié reprenant la formule proposée par cet arrêt. Elle a indiqué que *« l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse* »[994]. Le refus de la Cour de cassation d'appliquer les sanctions du droit commun du licenciement à la violation des règles sur les critères d'ordre du licenciement est donc clair dans cette jurisprudence. Il est cependant à noter qu'elle refuse d'admettre le cumul des indemnités avec celles dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque le licenciement est reconnu injustifié[995].

319. Appréciation critique

Cette solution semble à la fois injuste pour le salarié et illogique dans notre système juridique. En outre, cette solution s'avère difficile à mettre en œuvre. La Cour de cassation se contente de préciser que les indemnités dues au salarié doivent correspondre au préjudice subi. Elle a précisé que ce préjudice pouvait « *aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi par le salarié* »[996]. Il reste que la détermination du montant de ce préjudice sera délicate. La règle de l'article L. 122-14-4, fixant un plancher minimal de six mois de salaires est une évaluation de type forfaitaire, ayant le mérite d'une relative prévisibilité. La détermination du préjudice consécutif à la perte injustifiée de l'emploi demeure difficile en l'absence de toute norme permettant de l'évaluer. La position de la Cour de cassation encourt un triple

991. voir Soc 12 novembre 1987, Bull. civ. V, n° 636 ; Soc 13 novembre 1985, Bull. civ. V, n° 528 ; Soc 13 juin 1984, Bull. civ. V, n° 245

992. Soc., 14 janvier 1997, Bull. civ. V, n° 16 ; Dr. soc. 1997 p. 159, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; RJS 2/97 n° 131

993. Soc., 19 novembre 1997, Bull. civ. V, n°385 ; Dr. soc. 1998 p. 85, note R. Vatinet, préc. ; Soc., 23 avril 1997, Bull. civ. V, n° 144

994. Soc., 20 janvier 1998, Dr. soc. 1998 p. 291, note P. Waquet.

995. Soc., 5 octobre 1999, Bull. civ. V, nº366

996. Soc., 14 janvier 1997, préc.

reproche. D'une part, elle risque d'aboutir à des solutions très différentes suivant les juridictions, l'évaluation du montant du préjudice relevant du pouvoir souverain des juges du fond[997]. En outre, la charge le la preuve du montant du préjudice pesant sur le salarié, celle-ci pourra être délicate. Enfin, aucune raison ne justifie que le montant des réparations connaisse pour plafond celui des indemnités pour licenciements sans cause réelle et sérieuse. Dès lors que la sanction est distincte de celle du licenciement injustifié, il n'est aucune raison pour lui appliquer le même régime.

b) Droit disciplinaire

320. Sanction résiduelle

L'article L. 122-43 du Code du travail ne mentionne comme sanction de la méconnaissance des règles disciplinaires que l'annulation de la mesure prononcée. Celle-ci n'est pour le juge qu'une faculté. Il doit en être déduit que cet article n'écarte en rien les règles de droit commun relatives à la réparation du préjudice causé par une faute constituée par la méconnaissance de dispositions impératives. Les juridictions ont le pouvoir d'octroyer des dommages et intérêts correspondant au préjudice découlant de la violation des règles de procédure ou des règles de fond relatives aux sanctions disciplinaires. La Cour de cassation a ainsi estimé que le fait d'engager des poursuites disciplinaires « *de façon inconsidérée et humiliante* », en l'absence d'agissements pouvant être qualifiés de faute de la part du salarié, était constitutif d'une faute de l'employeur pouvant donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts[998]. Conformément au droit commun, l'évaluation du préjudice est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond[999].

c) Égalité professionnelle

321. Place des sanctions pécuniaires dans le droit de l'égalité

Les sanctions de la violation des règles sur l'égalité professionnelle sont multiples et manquent de cohérence. Si la sanction la mieux appropriée consiste en la suppression des effets de l'acte discriminatoire[1000], rien n'interdit de demander, dans les conditions du droit commun, l'indemnisation du préjudice[1001].

Cette indemnisation doit être octroyée dans trois cas. En premier lieu, la réparation pécuniaire peut être octroyée si le salarié renonce à une sanction en nature. En second lieu, elle peut être accordée en sus de la réparation en nature. On peut imaginer par exemple qu'un retard de promotion pour un motif discriminatoire ne sera pas uniquement réparé par une reconstitution de carrière. Le préjudice moral doit également recevoir réparation. Enfin, les sanctions pécuniaires semblent parfois plus faciles à mettre en œuvre que les sanctions en nature. La Cour de justice a ainsi

997. J. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, n°1579. Cette affirmation est très ancienne : voir déjà Civ 29 juin 1853, DP 1854, 1, 188

998. Soc., 27 janv. 1993, Bull. civ. V, n° 26

999. Soc., 8 juill. 1985, Bull. civ. V, n° 406 ; Soc., 20 oct. 1988 Bull. civ. V, n° 534

1000. Cf. Infra n° 336

1001. Contrairement à certaines assertions (MV Ballestrero, *Les sanctions pécuniaires*, in M. Verwilghen (ed.), *L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la communauté européenne*, PU Louvain/Bruylant, 1993, p. 166), il nous semble que la discrimination cause toujours au salarié un préjudice, ne serait-ce que d'ordre moral.

admis que le refus d'embauche pouvait être sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts. Elle a affirmé que la directive 76/207 n'imposait pas de contraindre l'employeur à conclure le contrat de travail avec le candidat victime d'une discrimination. Les États ont la possibilité d'octroyer une sanction indemnitaire pourvu qu'elle soit efficace et dissuasive[1002]. Quant à la question de la réintégration en cas de licenciement discriminatoire, dans l'arrêt *Marshall II*, la Cour a admis que les États membres pouvaient choisir entre la réintégration de la personne, et la réparation pécuniaire du préjudice subi, pourvu que celle-ci soit adéquate[1003].

322. Les sanctions indemnitaires dans le droit communautaire

Les sanctions applicables à la violation des règles sur l'égalité ne sont pas fixées avec précision dans les textes communautaires. Cette omission est inhérente à la nature même des directives : celles-ci fixent un « *résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant aux formes et aux moyens de l'atteindre* »[1004]. Les textes initiaux ne posaient que l'exigence que les États prennent les « *mesures nécessaires* » afin de lutter contre les discriminations[1005].

La Cour de Luxembourg a montré en la matière une position ferme. Elle a posé le principe selon lequel les sanctions instituées doivent être efficaces[1006]. Dans l'arrêt *Harz*, la Cour a précisé que si la détermination de la sanction est laissée à l'appréciation des États, l'application de la directive 76/207 « *implique que cette sanction soit de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace. Elle doit en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel* »[1007].

Les directives récentes paraissent inspirées de cette jurisprudence, mais leur rédaction manque de clarté. La directive du Conseil 76/207 telle que corrigée en 2002 indique que les États doivent également ouvrir la possibilité de faire valoir le droit à l'égalité par voie juridictionnelle (article 6). La détermination des sanctions est laissée aux États membres. La directive livre deux indications. En premier lieu, le principe est que ces sanctions doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* » (article 8 quinquies) [1008]. En second lieu, la directive ne se pronoce pas sur la nature des sanctions, mais elle indique qu'elles « *peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime* ». Les États disposent donc toujours d'une marge de choix, mais la rédaction des textes autorise un contrôle des autorités communautaires sur ces sanctions. Les critères de ce contrôle ne sont pas très précis. Comment concilier la double exigence de mesures proportionnées et dissuasives ? Ces deux exigences paraissent en partie contradictoire.

1002. CJCE Aff. nº 14/83 du 10 avril 1984, *S. Von Colson et E. Kaman c/ Land Nordrhein-Wesfalen*, Rec. p. 1891

1003. CJCE 2 août 1993, *MH Marshall c/ Saouthampton and South West Hampshire Area Health Authority*, aff. C-271/91, Rec. p. 4637, points 25 et 26

1004. Article 249 Traité CE

1005. Directive 76/207, article 3, directive 75/17, article 6.

1006. Ce principe serait selon certains issu du principe de coopération entre les Etats membres et l'Union. Voir Commentaire Megret, Vol. 7, nº104

1007. CJCE 10 avril 1984, *Doris Harz c/ Deutsche Tradax GmbH*, Aff. 79/83, Rec. p.1921, point 23 ; Voir encore de même CJCE *10 avril 1984, Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen aff. 14/83, Rec. p.* 1891

1008. Les directives 2000/43 et 2000/73 sont rédigés en termes similaires (articles 15 et 14 respectivement)

Le caractère dissuasif exige au minimum la réparation intégrale du préjudice. Une telle indemnisation ne paraît cependant pas suffisante, car le coût de la réparation pour les entreprises serait bien inférieur au gain procuré par la violation de la règle d'égalité, si on tient compte de la faible probabilité qu'un contentieux soit engagé. Une indemnisation dissuasive exigerait dès lors la fixation de planchers d'indemnisation[1009]. La question se pose alors de savoir si la sanction est proportionnée.

§2. PRIVATION DES EFFETS DE L'ACTE

323. D'un point de vue théorique, il peut sembler que la sanction la mieux adaptée à la violation de l'exigence de justification est l'annulation de l'acte accompli au mépris des règles de procédure et de fond[1010]. Force est de constater que cette sanction n'est pas générale. Si elle est acquise pour les sanctions disciplinaires (A) et d'une manière assez large pour la violation des règles d'égalité de rémunération (B), son application est plus délicate en cas de licenciement injustifié (C).

A. LA NULLITÉ, SANCTION DE LA MÉCONNAISSANCE DES RÈGLES DU DROIT DISCIPLINAIRE

324. Le droit disciplinaire est le seul domaine dans lequel la nullité est admise sans trop de restrictions. L'article L. 122-43 dispose que « *le Conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise* ». Il est à noter que cette règle a fait l'objet de critiques au cours des débats, l'opposition parlementaire arguant du fait que l'annulation est une sanction trop grave pour une simple irrégularité de procédure[1011]. La règle fut cependant votée, en laissant au juge du fond le choix de la sanction la mieux appropriée. La Cour de cassation n'a pas hésité à admettre la possibilité pour les juges du fond de prononcer la nullité de la sanction pour un vice de procédure[1012]. Cette sanction n'est cependant pas nécessaire : la Cour laisse sur ce point une appréciation souveraine aux juges du fond[1013].

Les juges du fond ont donc le choix entre l'annulation et l'octroi de dommages et intérêts au salarié dans les conditions du droit commun. La Cour de cassation leur refuse le droit de prononcer une sanction différente de celle retenue par l'employeur[1014]. Certains auteurs critiquent aujourd'hui une telle solution dans le domaine du contrôle de la proportionnalité. Ils estiment que, si le magistrat est habilité à contrôler la proportionnalité de l'acte aux faits commis, il devrait être en mesure de prononcer une sanction correctrice, sans avoir à anéantir l'acte

1009. Cf. M.V. Ballestrero, prec., p. 181

1010. Cf. Infra, n° 336

1011. JOAN Deb. parl., 17 juin 1982 p. 2325

1012. Soc., 14 novembre 1995, RJS 1995, n° 1246

1013. Voir pour un refus d'annulation par une juridiction du fond d'une sanction irrégulière en la procédure Soc., 23 mars 1989, Dr. soc. 1989, p. 504, note J. Savatier ; Soc., 13 oct. 1988, Bull. civ. V, n° 496

1014. Soc., 23 avril 1986 Bull. civ. V, n° 161 ; Dr. soc. 1986, p. 501, note J. Savatier

disproportionné. Ils considèrent donc qu'à l'instar du contrôle sur les clauses pénales, le juge devrait ici se voir reconnaître le droit de « *refaire* » l'acte disproportionné[1015].

B. LA SUBSTITUTION DE NORMES, SANCTION DE LA VIOLATION DES RÈGLES SUR L'ÉGALITÉ

325. La sanction la mieux adaptée de la violation des règles relatives à l'égalité de rémunération consiste en l'annulation de la règle de traitement défavorable et en la substitution de la règle générale plus favorable. Lorsqu'une règle[1016] conduit à traiter de manière moins favorable les femmes que les hommes pour un travail de valeur égale, il est logique, afin de supprimer cette discrimination, d'appliquer aux femmes la règle de rémunération la plus favorable. Cette règle est implicitement admise en droit communautaire, et inscrite dans le droit français.

1. Une exigence du droit communautaire

326. Bien que le droit communautaire ne prescrive pas directement les sanctions de la violation des règles sur l'égalité de rémunération, la Cour de justice a précisé les caractères que devaient respecter ces sanctions dans le but de s'assurer de leur efficacité dans les ordres juridiques nationaux[1017]. Elle est allée plus loin encore en indiquant le contenu minimal des sanctions applicables.

La personne victime d'une discrimination doit au moins se voir attribuer le traitement offert aux salariés appartenant au groupe de référence. La Cour de justice a admis cette règle en présence de discriminations directes opérées en matière de sécurité sociale[1018]. Elle semble applicable à tous les cas de discriminations indirectes en matière de rémunération. Dans l'arrêt *Kowalska*[1019], la Cour a ainsi reconnu qu'en présence d'une « *discrimination indirecte dans une disposition d'une convention collective, les membres du groupe défavorisé, du fait de cette discrimination, doivent être traités de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres travailleurs, proportionnellement à leur temps de travail, régime qui, à défaut de la transposition correcte de l'article 119 du Traité CEE en droit national, reste le seul système de référence valable* »[1020]. Cette sanction est

---

1015. N. Molfessiss, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, Petites affiches n° 117, 30 septembre 1998, p. 21

1016. La règle peut être expresse ou implicite : le juge la déduit en ce cas de pratiques régulières. Voir supra n° 297 sur la distinction entre la discrimination par les règles et la discrimination par les résultats.

1017. Cf. Supra n° 322

1018. Cf. CJCE 4 décembre 1986, Aff. 71/85, *Etat Néerlandais c/ FNV* : en l'absence d'application de la directive 79/7, « *les femmes ont le droit d'être traitées de la même façon et de se voir appliquer le même régime que les hommes se trouvant dans la même situation, régime qui reste, à défaut d'exécution de ladite directive, le seul système de référence valable* »

1019. CJCE 27 juin 1990, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-33/89, Rec. p. 2591

1020. id. p. 2614. Selon le point 19, Voir antérieurement CJCE *Ruzius-Wilbrink*, af. C-102-88, du 13 décembre 1989, Rec. p. 4311 et ultérieurement 7 février 1991. *Helga Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg*, Rec. p. 297, point 18

applicable de manière immédiate : le juge n'a pas à demander aux signataires de l'accord de reprendre les négociations sur ce thème[1021].

Il faut assurément relever que la Cour n'impose cette sanction qu'à défaut « *d'exécution correcte de l'article 119 en droit national* ». Cette formule vise non seulement l'absence de toute transposition, mais encore la mise en place de sanctions insuffisantes. On ne voit pas bien quelle autre système les États membres pourraient adopter afin que la mesure réponde aux exigences de proportionnalité, de comparabilité et de caractère dissuasif imposées par la Cour. La sanction de la substitution de la norme favorable à la norme discriminatoire semble donc être imposée par le droit communautaire en matière de rémunération. Ce choix assure la réalisation du principe d'égalité de traitement dans le sens d'une égalisation vers le haut[1022]. Le droit français est compatible avec ces prescriptions.

2. Application dans le droit français

327. Les règles issues de la Loi Roudy assurent en droit français l'application de cette sanction. L'article L. 140-4 dispose que toute stipulation contraire aux règles de l'égalité en matière de rémunération est nulle de plein droit. Le second alinéa de ce texte ajoute que « *la rémunération plus élevée dont bénéficient* [les travailleurs de l'autre sexe] *est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité* ».

Cette règle vise les discriminations sexuelles directes. La force d'attraction du droit communautaire sur le droit français de l'égalité est telle qu'on peut espérer que ces solutions pourront être étendues à tous les cas de discrimination indirecte. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a rendu aucun arrêt en sens contraire. Lorsqu'elle reconnaît l'existence d'une discrimination indirecte, elle accepte de faire droit à des rappels de salaire demandés par les salariés, leur permettant de bénéficier d'une rémunération d'un montant équivalent à celle dont bénéficient les salariés favorisés[1023]. Cette solution pourrait être assimilée à une privation d'effet de la norme discriminatoire et à une substitution de la règle la plus favorable, encore que la Cour de cassation ne se prononce pas sur la règle à appliquer dans l'avenir. La Cour ne s'est jamais prononcée de manière plus explicite. En particulier, elle n'a jamais ordonné la reconstitution de la carrière des salariés victimes de discrimination. Dans une affaire où cette demande était clairement formulée, la Cour n'a pas reconnu l'existence d'une discrimination[1024].

La loi du 16 novembre 2001 paraît avoir consacré les règles communautaires. L'article L. 122-45 sanctionne les discriminations directes et indirectes. Ce texte prévoit que « *toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit* ». La sanction de la nullité devrait donc s'imposer. Les termes sont cependant

---

1021. CJCE *Nimz*, 7 février 1991 point 20, rec. p. 297, , et JCP ed. E. 1991, I, nº151, obs. P. H. Antonmattei ; Pour une application à un régime de pension créé par convention collective, voir encore l'arrêt *DEI c/ Efthimios Evrenopoulos,* aff. C-147/95, 17 avril 1997, Rec. p. 2057

1022. Cf les observations de E. Traversa sur l'arrêt Nimz, RTDE 1993, p.84

1023. Cf. Par exemple Soc., 12 février 1997, Bull. civ. V, n° 58, Dr. soc. 1997, p. 526, note M.-T. Lanquetin ; Soc., 15 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 551 ; Soc., 29 octobre 1996 Bull. civ. V, n° 359 ; D. 1998. Somm. 259, note Lanquetin ; Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen

1024. Soc., 23 novembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 592, note M.-T. Lanquetin

redoutablement imprécis : que peut bien signifier la nullité d'un simple acte ? Comment cette nullité s'applique-t-elle à un refus d'embauche ? Ces questions n'ont pas généré un contentieux important jusqu'ici, car la preuve de l'intention discriminatoire était requise. L'extension de ces dispositions aux discriminations indirectes risque d'exiger une clarification des plus délicates.

C. LA QUESTION DE LA NULLITÉ DU LICENCIEMENT

1. Le refus initial de la nullité du licenciement injustifié

328. La nullité, sanction du défaut de validité d'un acte juridique, aurait pu être envisagée comme l'une des sanctions du licenciement prononcé au mépris des règles de fond ou de procédure. Le corollaire de la nullité, la poursuite de l'exécution du contrat de travail[1025], porte cependant atteinte à la souveraineté du pouvoir de l'employeur, et a longtemps fait l'objet de réserves législatives et jurisprudentielles.

Deux objections ont longtemps été formulées contre la nullité du licenciement. L'adage « *pas de nullité sans texte* » a été invoqué afin de paralyser toute initiative des magistrats en faveur de la nullité. Par ailleurs, l'interdiction de l'exécution forcée des obligations de faire énoncée à l'article 1142 du Code civil a été présentée comme un obstacle définitif à la réintégration des salariés[1026]. Ces deux arguments sont faillibles. En premier lieu, la théorie des nullités virtuelles a depuis longtemps condamné l'adage précité[1027]. L'admission de la nullité des licenciements irréguliers des salariés protégés suffit à confirmer cette objection. Pour ce qui est de l'article 1142 du Code civil, M. Jeandidier a clairement montré comment les juridictions passaient outre à la prohibition de l'exécution forcée des obligations de faire hors du domaine du droit du travail[1028].

329. La question de la réintégration des salariés irrégulièrement licenciés a fait l'objet de vives discussions lors du vote de la loi du 13 juillet 1973. Alors que des députés et sénateurs faisaient valoir que la seule sanction qui offre une véritable réparation de la perte injustifiée de l'emploi au salarié est la réintégration[1029], le ministre du travail, ainsi que la majorité de l'époque, s'y montrèrent hostiles. Les arguments mis en avant étaient ceux du réalisme et de la bonne marche des

---

1025. Ainsi que le note M. Couturier, il conviendrait de ne pas évoquer le terme « réintégration », connoté à l'idée d'une récupération d'un emploi après que celui-ci a été rompu. La nullité impose au contraire la poursuite de l'exécution du contrat de travail. (G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 217)

1026. Voir G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, prec. n° 470.

1027. Cf. P. Malaurie et L.Aynes, *Les obligations*, n° 555 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, n° 85

1028. W Jeandidier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 700

1029. Voir les arguments développés lors du vote de la loi à l'Assemblée Nationale par MM. Gau (J.O. Deb. Parl. AN du 23 mai 1973, p.1448), Legrand (idem p. 1451), Abelin (idem p.1452) et Le Foll (p. 1453). Au Sénat : MM. Souquet (J.O. Deb. Parl N° 26 Sénat du 21 juin 1973 p. 841) et Ciccolini (idem p. 840)

entreprises[1030]. Les amendements tendant à imposer la réintégration des salariés irrégulièrement licenciés furent donc rejetés[1031].

La loi du 13 juillet 1973 n'exclut cependant pas toute place pour la réintégration. Celle-ci est doublement facultative[1032]. La juridiction a d'abord la possibilité de proposer la réintégration. Ce choix est discrétionnaire[1033]. Ce point a fait l'objet de débats lors du vote de la loi. Certains, sans se montrer favorables à la réintégration obligatoire souhaitaient que la réintégration soit impérativement imposée par le juge ; à défaut d'une acceptation par l'employeur, le juge aurait fixé le montant des indemnités dues au salarié en tenant compte, le cas échéant, de la mauvaise foi de l'employeur[1034]. Refusant le principe de la réintégration comme sanction normale du licenciement, la majorité de l'époque s'y opposa. La distinction était cependant de peu de conséquence, car le fait d'imposer à l'employeur la réintégration était rejeté par principe. La loi retint la possibilité pour les parties de s'opposer à la réintégration. Dans la formulation retenue, le texte dispose qu'« *en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, […] ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois* ». Ce texte est équivoque ; il signe la timidité, voire l'hypocrisie du législateur de l'époque[1035]. Il laisse d'abord entendre que l'indemnisation ne serait qu'une sanction secondaire, intervenant à défaut de réintégration. Cette dernière n'est cependant possible que si les parties l'acceptent. La possibilité laissée à l'employeur qui a licencié de manière injustifiée un salarié de refuser la réintégration, peut laisser des doutes quant au fait de savoir si elle est véritablement une sanction. Il fut affirmé lors du vote de la loi que le montant des indemnités dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse serait tel que les employeurs seraient incités à réintégrer des salariés. La faible proportion des réintégrations mises en œuvre dans le cadre de ces dispositions suffit à démentir cette assertion.

1030. Arguments du ministre du travail, de l'emploi et de la population lors du vote à l'assemblée nationale (J.O. Deb. Parl. N° 35 A.N. du 30 mai 1973, p.1629) : « *une formule imposant d'office la réintégration manquerait évidemment de réalisme et conduirait à des difficultés internes préjudiciables au bon fonctionnement de l'entreprise* ». Pour M. Bonhomme, rapporteur de la loi, imposer la réintégration serait « *irréaliste et incompatible avec le maintien d'une vie économique fondée sur la responsabilité et, partant, sur l'autorité du chef d'entreprise.* » J.O. Deb. Parl. N° 32 A.N. du 23 mai 1973 p. 1442

1031. Amendement Le Meur, prévoyant que le licenciement est « *nul et de nul effet* » lorsqu'il est prononcé en violation de la procédure, sans autorisation administrative ou en l'absence de cause réelle et sérieuse. Amendement Gau : « *le tribunal constate la nullité et ordonne la réintégration du salarié dans tous ses droits antérieurs* » si le licenciement a été prononcé en violation de la procédure ou s'il est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Rapport de la Commission Bonhomme, Annexe au PV de la séance du 17 mai 1973, A.N., n° 352, p. 71.

1032. G. Couturier, op.cit. n°127

1033. G.H. Camerlynck, n° 472

1034. Position défendue par R. Louet, rapporteur du Conseil économique et social, J.O. Deb. Parl. N° 32 A.N. du 23 mai 1973, p. 1444. Le rapport Méric, élaboré par la Commission des Affaires sociales du Sénat proposait un amendement en ce sens de la loi, article 24 q : « *Le tribunal ordonne la réintégration du salarié dans l'entreprise. Si une des parties s'oppose à cette réintégration, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois…* », rapport Méric, n° 308, annexe au PV de la séance du 14 juin 1973, Sénat, p. 59.

1035. G. Lyon-Caen et M.C. Bonnetete, *La réforme du licenciement a travers la loi du 13 juillet 1973*, Dr. soc. 1973, p. 493

La réintégration n'est pas véritablement la sanction du licenciement injustifié. La nullité, en l'absence de réintégration imposée, ne peut donc être considérée comme la sanction des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Ainsi que le note M. Henry, la loi de 1973 n'a « *envisagé la question de la réintégration que pour la neutraliser* »[1036]. D'une manière générale, les sanctions instituées par les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 rendent impossible la nullité des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Celle-ci ne peut être envisagée que pour les licenciements dont la cause est illicite ou lorsqu'un texte spécifique la prévoit.

2. Le développement de la nullité du licenciement

330. Le droit du travail a longtemps refusé toute nullité ainsi que la réintégration qui s'ensuit en cas de résiliation du contrat de travail en méconnaissance des règles légales. Le droit contemporain connaît une rupture par rapport à ces règles en octroyant une place croissante à cette sanction. Celle-ci s'est d'abord affirmée en cas de licenciement fondé sur des mobiles illicites (a). Elle se développe aujourd'hui sur deux terrains supplémentaires : la violation des droits et libertés fondamentaux (b) et la méconnaissance des règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi (c).

a) La nullité du licenciement fondé sur des mobiles illicites

331. Par dérogation aux sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la jurisprudence admet que les licenciements dont le mobile est illicite[1037]. Cette sanction peut alors être fondée sur la théorie de la cause : le licenciement n'est pas seulement injustifié, mais sa cause est illicite. L'acte peut donc être annulé sur le fondement de l'article 1131 du Code civil[1038].

La jurisprudence admet la nullité du licenciement, et son corollaire, la poursuite du contrat de travail dans un nombre croissant de domaines[1039]. Dès 1972, la Cour a admis la réintégration des salariés protégés licenciés en violation des règles relatives à l'autorisation administrative de licenciement[1040]. Elle admet également la nullité du licenciement des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle dont le licenciement contrevient aux règles de l'article L. 122-32-2[1041] ou celui des salariées en état de grossesse licenciées en violation de l'article L.

1036. M. Henry, *La réintégration des salariés non protégés*, D.O. 1995, p. 373

1037. Sur cette question voir B. Desjardin, *La réintégration*, Dr. soc. 1992, p. 766 ; H. Sinay, *La réintégration dans l'entreprise,* Mel. Lyon-Caen, p. 415 ; H. Sinay, *Rigueur et ampleur de la réintégration*, Dr. soc. 1994, p. 552, G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977 p. 215 ; G. Couturier, *La réintégration des salariés non spécialement protégés - actualité ou prospective* - Dr. soc. 1981 p. 248

1038. Cf. G. Couturier, prec., Dr. soc. 1997, p. 215

1039. Sur le lien systématique opéré par la jurisprudence sociale entre la nullité et la réintégration : cf. Soc. 30 avril 2003, Bull. civ., V, n° 152 : « Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi, à défaut dans un emploi équivalent ».

1040. Soc., 14 juin 1972, *Revet Sol*, Dr. soc. 1972, p. 465

1041. Soc., 25 février 1998, Bull. civ. V, n°102

122-25-2[1042]. Cette solution s'étend encore au licenciement prononcé pour participation à une grève ou pour faits commis à l'occasion de celle-ci[1043].

De manière générale, l'article L. 122-45 permet la nullité de tout licenciement prononcé pour l'un des mobiles discriminatoires qu'il énonce. Sans avoir directement prononcé la réintégration, la Cour de cassation a admis qu'on ne pouvait licencier un salarié en raison de ses mœurs, sauf trouble caractérisé porté au fonctionnement de l'entreprise[1044]. Elle a par ailleurs rappelé que les licenciements prononcés en raison de l'état de santé du salarié sont sanctionnés par la nullité[1045]. Les textes sont rédigés dans des termes voisins pour le licenciement consécutif à des agissements de harcèlement sexuel ou moral (L. 122-46 et L. 122-49 C. Trav.).

La question se pose alors de savoir si la solution dégagée par la jurisprudence pour les différents motifs de licenciement prohibés pouvait être généralisée à tous les licenciements attentatoires aux droits et libertés fondamentales.

b) Les licenciements attentatoires aux droits et libertés fondamentales

Certains textes du Code du travail prévoient expressément la nullité du licenciement ou des autres décisions attentatoires aux droits et libertés fondamentales, à l'instar des articles L 122-32-2 (accidents du travail) L. 122-45 (discriminations), L. 122-46 et L. 122-49 (harcèlement), L. 521-1 (grève). Un mécanisme de renvoi entre l'article L. 122-30 et les articles L. 122-25 et suiv. permet également de considérer que la nullité est inscrite dans le Code du travail pour le licenciement des salariées en état de grossesse.

Ne faudrait-il pas dépasser la stricte rédaction des textes et admettre que le Code du travail français comporte un principe général de nullité des actes attentatoires aux droits et libertés des salariés ?

La Cour de cassation adopte sur cette question une politique très prudente. Certaines décisions semblent faire écho au principe « pas de nullité sans texte ». Un arrêt du 26 février 2003 indique ainsi que la violation de l'obligation de reclassement ne saurait donner lieu au prononcé de la nullité « *en l'absence de disposition expresse en ce sens, la nullité ne se présumant point*[1046] ». Cette assertion peut être discutée au regard des règles du droit civil qui ont fait depuis longtemps place à la théorie des nullités virtuelles[1047]. Elle contredit par ailleurs nombre de décisions de la Cour de cassation, qui ont admis la nullité sans pouvoir invoquer de dispositions expresses. La tendance qui se dégage est de reconnaître que la nullité peut être prononcée en l'absence de texte lorsque le licenciement est attentatoire aux droits et libertés fondamentales. La question s'est d'abord posée en matière de liberté d'expression. Sans livrer de formule définitive, la Cour de cassation avait

1042. Soc. 11 février 2004, Bull. civ., V, n° 47

1043. Cf. Articles L. 122-45 et L. 521-1 ; Soc., 22 janvier 1992, Bull. civ. V, n° 19 (nullité du licenciement pour faits commis au cours de la grève hors faute lourde) adde Soc., 26 septembre 1990, Bull. civ. V, 387 (en l'absence de faute lourde, le refus de réintégration d'un gréviste constitue un trouble manifestement illicite).

1044. Soc., 17 avril 1991, *Painsecq,* Bull. civ. V, n° 201

1045. Soc. 4 juin 2002, Dr. soc. 2002, p. 912 n. F. Duquesne : nullité du licenciement prononcé en méconnaissance de la règle du double examen médical.

1046. Soc. 26 février 2003, Bull. civ., V, n° 70, Dr. soc. 2003, p. 726 note G. Couturier

1047. Cf. supra p. 217

implicitement repris à son compte les théories doctrinales en la matière dans l'arrêt Clavaud[1048]. Des décisions ultérieures ont explicitement considéré les actes attentatoires aux droits et libertés fondamentaux sont sanctionnés par la nullité. Un arrêt du 13 mars 2001 a ainsi refusé de faire droit à une demande de réintégration en indiquant que cette dernière était impossible « *en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale* »[1049]. Cette motivation semble faire écho aux souhaits de certains auteurs qui considèrent que la nullité doit recevoir application dans tous les cas d'atteinte aux droits et libertés protégés par l'article L. 120-2 C. Trav[1050]. Telle n'est pourtant pas la position que la Cour de cassation a consacrée par la suite. Dans l'arrêt du 28 mai 2003, elle indique que la liberté de se vêtir à sa guise doit répondre aux conditions de justification et de proportionnalité de l'article L. 120-2, mais qu'elle ne peut être considérée comme une liberté fondamentale. Ce refus d'inclure cette liberté dans les libertés fondamentales semble conduire la Cour à refuser de prononcer la réintégration[1051]. Cette décision ne fait cependant qu'obscurcir un peu plus la notion de liberté fondamentale. La Cour de cassation admet dans cette décision que les droits protégés par l'article L. 120-2 reçoivent un régime de fond propre, mais elle refuse de leur octroyer une sanction spécifique. Seule la qualification de droit fondamental permettrait de prononcer l'annulation d'une mesure[1052] ou plus vraisemblablement de d'ordonner la poursuite du contrat de travail en référé au titre du trouble manifestement illicite[1053].

c) Plan de sauvegarde de l'emploi et nullité du licenciement

L'interprétation de l'article L. 321-4-1 al. 2 issu de la loi du 27 janvier 1993 a cristallisé les interrogations relatives à la place de la nullité dans les procédures de licenciement collectif. Ce texte prévoit que « *la procédure est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés* ». L'imprécision de la rédaction du texte reflète le compromis politique dont il est le produit[1054]. Il laisse entendre que la sanction qu'il institue pourrait concerner les irrégularités de la procédure de licenciement collectif pour motif économique.

Dans l'arrêt Samaritaine, la Cour de cassation a livré de ces dispositions une interprétation fort audacieuse[1055]. La Cour déduit de l'article L.321-4-1 que « *la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en*

1048. Soc., 28 avril 1988, Clavaud, Dr. soc. 1988, p. 430 note G. Couturier ; A. Jeammaud, et M. Le Friant, *Arrêt Dunlop ou jurisprudence Clavaud ?* D.O. 1988, p. 252

1049. Soc. 13 mars 2001, Bull. civ., V, n° 87

1050. Voir B. Gauriau, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, Dr. soc. 1993, p. 738

1051. Soc. 28 mai 2003, Bull. civ., V, n° 174, Dr. soc. 2003, p. 808 ; D. 2003, p. 2718 n. F. Guiomard

1052. Soc. 13 mars 2001, prec.

1053. Soc. 28 mai 2003, prec.

1054. Voir J.F. Sciberras, *Naissance d'une loi : l'amendement « Aubry » sur les plans sociaux,* Dr. soc. 1994, p. 482 ; Sur les interprétations de ce texte, Cf. G. Couturier, Dr. soc. 1993, p. 22 ; J. Pélissier, RJS 1994, p. 566

1055. Soc., 13 février 1997, *La Samaritaine c. Benoist et Guiglielmi,* Dr. soc. 1997, p. 249, ccl. De Caigny, note G. Couturier ; D. 1997, J. p. 171 note A. Lyon-Caen.

particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L.321-4-1 (...) sont eux-mêmes nuls ». Ainsi que l'a montré M. A. Lyon-Caen, cette interprétation traduit une vision très ambitieuse de la procédure de licenciement collectif. Elle serait considérée par les hauts magistrats comme un « *processus de formation des actes de rupture* » dont le respect conditionne la validité de la mesure de licenciement[1056]. Le choix de la nullité serait alors logique, car elle sanctionne la violation des règles de formation des actes juridiques[1057].

Des arrêts ultérieurs ont cependant montré que la formule selon laquelle le licenciement était la « *suite et conséquence de la procédure de licenciement collectif* » ne devait pas porter à conséquences dans des domaines étrangers à la seule question de la *présentation* d'un plan de sauvegarde de l'emploi aux représentants du personnel. Ces dispositions doivent certes s'interpréter à la lumière de l'arrêt *Everite*[1058]. Un tel plan s'entend de mesures concrètes et précises, notamment en terme de reclassement des salariés[1059]. La Cour de cassation a exclu le prononcé de la nullité pour des motifs étrangers à la présentation du plan. Dans l'arrêt *Tea Corbas*[1060], elle a rappelé que « *seule l'absence d'un plan ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement ; (...) l'irrégularité de la procédure consultative permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure (...) ou, à défaut, la réparation du préjudice subi dans les termes de l'article L. 122-14-4* ». Cette lecture est discutable car l'article L. 321-4-1 précise que les représentants du personnel doivent être « *réunis, informés et consultés* ». Dans le même sens, un arrêt du 9 mai 2000 a indiqué que l'absence de tout affichage du plan social dans une entreprise dépourvue de représentant du personnel ne pouvait être sanctionné par la nullité, un plan social ayant été élaboré[1061]. La Chambre sociale a cependant nuancé par la suite cette position en estimant qu'une irrégularité de la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi peut être encourue lorsque le comité n'a pas été valablement saisi : la fixation irrégulière de l'ordre du jour pourrait alors justifier la nullité de la procédure[1062]. La Cour émet cependant une réserve importante au jeu de cette nullité. Celle-ci ne pourrait être prononcée lorsqu'elle est « *soulevée avant le terme de la procédure à u moment où elle pourrait encore être suspendue et reprise* ». L'extension des cas de nullité a donc pour contrepartie cette limitation à sa mise en œuvre que rien ne justifie au regard du droit processuel[1063].

Ces différents arrêts montrent que la Cour de cassation ne retient pas une conception de la procédure de licenciement collectif aussi ambitieuse que ne le laissait penser la formule de l'arrêt *Samaritaine*. Le sens exact de ces décisions demeure incertain : pourquoi la Cour accepte-t-elle dans certains cas d'étendre les

1056. A. Lyon-Caen prec. nº10

1057. id.

1058. Soc., 17 mai 1995, Dr. soc. 1995, p. 574, concl. P. Lyon-Caen, D. 1995, J. p. 436, note G. Couturier

1059. Voir encore Soc., 18 novembre 1998, Bull. civ. V, n° 502

1060. Soc., 18 novembre 1998, Tea Corbas, Bull. civ. V, nº 501

1061. Soc. 9 mai 2000, Bull. civ., V, n° 172 Dr. Soc. 2000, p. 709, obs. G. Couturier

1062. Soc. 14 janvier 2003, SA Euridep, Dr. soc. 2003, p. 344, note L. Milet

1063. Voir infra n° 338

nullités à des aspects qui ne sont pas directement prévus par le texte, et le refuse dans d'autres ? Les règles actuelles ne permettent pas de dessiner les contours que pourrait recevoir le champ des nullités pour vice de procédure : celles-ci demeurent exceptionnelles dans le droit français. Faute de choix législatif clair, les juridictions demeurent prudentes sur cette question.

SECTION 2. DE LEGE FERENDA : LE DÉVELOPPEMENT DE SANCTIONS SPÉCIFIQUES À L'IMPÉRATIF DE JUSTIFICATION

332. L'exigence de justification a permis le développement de règles de conduite spécifiques, qui traduisent une mutation de la rationalité du droit privé. Il n'est pas satisfaisant que ces règles soient sanctionnées par des règles aussi diverses, sans aucune cohérence. L'identification de cette catégorie de règle appelle un effort de réflexion sur la manière dont ces sanctions pourraient s'ordonner. Cet effort ne procède pas d'un souci purement théorique mais de la volonté de donner à l'exigence de justification une efficacité accrue

La prospective étant par nature un exercice subjectif – et périlleux – les développements qui suivent essaieront seulement de montrer quelques tendances du droit contemporain, et de suggérer leur extension. Trois types de sanctions sont à remarquer à ce titre : la déchéance du droit de se prévaloir des motifs irrégulièrement allégués (§1), l'extension du champ de la nullité (§2), et le développement du rôle des juridictions de référé (§3).

§1. LA DÉCHÉANCE DU DROIT DE SE PRÉVALOIR DES MOTIFS IRRÉGULIÈREMENT ALLÉGUÉS, DROIT COMMUN DES IRRÉGULARITÉS DE PROCÉDURE

333. Notion de déchéance

Une règle est souvent mise en avant par la jurisprudence : l'impossibilité pour l'employeur de justifier l'un de ses choix par un motif qu'il n'a pas régulièrement développé au cours de la procédure non contentieuse. Cette sanction peut être comprise comme une déchéance[1064]. Elle constitue une sanction spécifique de l'impératif de justification. Le développement de cet impératif devrait générer celui de cette sanction.

La notion de *déchéance* trouve son origine dans le droit judiciaire privé. Elle désigne en cette matière la forclusion née du non-respect des délais impartis aux plaideurs pour accomplir des actes de procédure[1065]. Le dépassement de ces délais entraîne l'impossibilité pour eux de bénéficier des conséquences de ces actes. Il ne peut cependant être prétendu que la déchéance, en tant que non-respect des règles sur la justification, peut être assimilée à la notion de déchéance telle que la définit le droit judiciaire privé. Il ne saurait être affirmé que cette sanction entraîne ici la perte du droit d'agir en justice, sanctionnée par l'application d'une fin de non-recevoir,

1064. Voir X. Lagarde, Prec., Dr. soc. 1998 p. 895
1065. Voir J. Héron, op. Cit. n° 200 sqq.

exclusive de tout examen du fond du litige. Il convient de définir de manière plus large la déchéance comme « *la perte d'un droit […] ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc.* »[1066]. Appliquée à la justification, la déchéance peut être comprise comme la perte du droit d'invoquer les raisons de l'acte lorsque celles-ci n'ont pas été régulièrement alléguées au cours de la procédure pré contentieuse. L'appréciation de la légitimité de l'acte par le juge par la suite ne devra pas prendre en compte ces motifs.

334. La déchéance dans le droit du licenciement

Cette règle a été mise en avant depuis longtemps dans la procédure de licenciement. La Cour de cassation, peu de temps après la mise en œuvre de la loi de 1973, a énoncé que les motifs allégués fixent les limites du litige. En conséquence, l'employeur ne peut invoquer des motifs autres que ceux qu'il a indiqués dans la lettre énonçant les motifs que le salarié pouvait demander à l'employeur[1067]. Cette règle fut logiquement transposée lorsque la loi imposa l'indication du motif du licenciement dans la lettre notifiant ce dernier. La Cour de cassation, dans une jurisprudence jamais démentie, mit en avant la règle selon laquelle les motifs allégués dans la lettre de licenciement fixent les limites du litige[1068], et les motifs qui n'ont pas été énoncés dans la lettre de licenciement ne peuvent être pris en compte par le juge[1069]. L'exigence d'une cause réelle du licenciement conduit logiquement à considérer comme dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement dont les véritables motifs n'ont pas été régulièrement allégués dans la lettre de licenciement.

Cette même sanction semble également être appliquée en cas de manquement de l'employeur aux règles sur la procédure de licenciement disciplinaire instituée par une convention collective. La Cour de cassation admet que cette méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse[1070]. Elle considère que les procédures conventionnelles, par lesquelles un organisme est tenu de « *donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée* » constitue « *une garantie de fond* »[1071]. Cette règle permet l'extension de la jurisprudence relative à la sanction de la méconnaissance des règles relatives à la motivation de la lettre de licenciement à la question de la méconnaissance des règles conventionnelles. Il reste cependant à déterminer pour quelles raisons certaines règles de procédure pourraient constituer des « *garanties de fond* ». Il faut souligner que la Cour de cassation a admis que le licenciement était injustifié dans des hypothèses où la commission de discipline était consultée pour un simple avis, et non pour prononcer la mesure elle-même. La règle violée est donc une simple règle de la procédure consultative.

1066. Voc. Cornu, V° *Déchéance ;* Voir la définition plus précise proposée par O. Sautel, Sur la déchéance en droit privé, D. 1999, chr. p. 487

1067. Soc., 21 février 1978, Bull. civ. V, n° 124

1068. Voir Soc., 5 novembre 1992, Bull. civ. V, n° 532 ; Soc., 14 octobre 1993, Bull. civ. V, n° 235 ; Soc., 10 octobre 1995, Bull. civ. V, n° 266. Pour une formulation proche : Soc., 30 juin 1993, Bull. civ. V, n° 185 : « *... la lettre de licenciement fixe les limites du débat ...* »

1069. voir p. ex. Soc., 21 février 1990, Bull. civ. V, n° 77 ; 13 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 491

1070. Cf. Soc., 3 avril 1997, Dr. soc. 1997, note (critique) J. Savatier ; Soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 136 ; Soc., 11 juill. 2000, Bull. civ., V, n° 272, D. 2001, p. 417 note S. Frossard ; Soc. 8 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 466 note J. Savatier .

1071. Soc., 28 mars 2000 et 11 juillet 2000, prec.

Pourquoi ériger cette seule règle en garantie de fond ? Pourquoi ne pas admettre que le défaut de justification du licenciement au cours de l'entretien préalable ou même l'absence d'entretien préalable, pourrait recevoir la même sanction ? La Cour de cassation n'a jusqu'à ce jour conféré à ces règles que la nature de règles de procédure. Elle considère que des motifs non invoqués au cours de l'entretien préalable peuvent justifier un licenciement, pourvu qu'ils figurent dans la lettre de licenciement[1072]. Le faible niveau d'exigence de la Cour de cassation est parfois surprenant. Elle a ainsi admis que des faits survenus après l'entretien pouvaient être pris en compte dans la détermination du caractère réel et sérieux du licenciement[1073].

Le fondement de la sanction de la méconnaissance des règles conventionnelles du droit disciplinaire pourrait utilement être cherché du côté de la déchéance du droit de se prévaloir des motifs irrégulièrement invoqués au cours de la procédure. Il est logique que l'employeur ne puisse se prévaloir des motifs qu'il s'est abstenu d'énoncer au cours de la procédure. Cette sanction pourrait être étendue chaque fois que les règles méconnues ont empêché l'employeur d'entrer dans un débat sincère sur la justification du licenciement. La violation de règles de faible importance au regard de l'exigence de justification pourrait continuer à recevoir l'application des sanctions spécifiques à la méconnaissance des règles de procédure. Dès que le manquement de l'employeur est susceptible de fausser le débat sur la justification de la mesure, la sanction devrait être celle de la déchéance du droit de se prévaloir des motifs irrégulièrement allégués. Une telle approche permettrait de dépasser l'opposition rigide entre la procédure et le fonc du droit imposé par la loi du 13 juillet 1973. Certains aspects de la procédure sont assimilables à des formalités qui ne méritent que des sanctions vénielles. D'autres assurent le respect de l'exigence de justification et doivent recevoir une sanction vigoureuse.

335. L'extension du champ de la déchéance

La déchéance du droit à se prévaloir des motifs irrégulièrement allégués pourrait également s'appliquer dans le droit disciplinaire. La nullité, sanction naturelle de la violation des règles du droit disciplinaire, pourrait être complétée par le jeu de déchéance de l'employeur du droit de se prévaloir des motifs qu'il n'a pas régulièrement allégués. Une telle règle permettrait de sanctionner plus efficacement la violation des règles du droit disciplinaire. Il semble au moins qu'elle devrait être l'un des critères à disposition du juge dans le choix ou le refus de la nullité. Lorsque l'employeur dispose d'un motif légitime, mais que celui-ci n'a pas été porté régulièrement à la connaissance du salarié, il ne devrait pas pouvoir être pris en considération dans l'appréciation du caractère justifié de la sanction.

La déchéance serait enfin utile afin d'établir un lien entre les justifications devant les organes représentatifs du personnel et celles des mesures individuelles. Il pourrait être ainsi imaginé que les mesures d'application d'une règle collective ne peuvent être justifiées par des arguments que l'employeur a tus lors de la consultation des représentants. L'employeur ne pourrait invoquer les raisons dont il n'a pas régulièrement informé le comité pour justifier un acte ultérieur. Cette sanction semble à la fois juridiquement logique, facile à mettre en œuvre, et dissuasive.

1072. Soc., 28 mai 1997, Bull. civ. V, n° 196

1073. idem.

§2. LE RÉTABLISSEMENT DE LA LÉGALITÉ

336. Ainsi que le note M. A. Lyon-Caen, les règles de procédure ne sont pas de simples règles de forme : « *la procédure recouvre les règles qui gouvernent la production et, ainsi, l'accès à la vie juridique d'un acte. Le respect de ces règles est requis pour qu'une volonté acquière une valeur - une relevance - au regard du droit.* »[1074]. Les mêmes remarques peuvent être transposées pour les raisons d'agir du chef d'entreprise. Le droit conditionne la conformité de l'acte au droit à une certaine qualité des mobiles qui animent l'employeur. Cette conception est avancée par M. Supiot : « *la validité de l'acte de licenciement dépend ainsi directement de la constatation de circonstances objectives, et la liberté reconnue à l'employeur se trouve assujettie au respect d'une fonction économique et sociale* »[1075].

Le développement de l'impératif de justification devrait en toute logique conduire à un développement des nullités en droit du travail. Dans le but de protéger la liberté de gestion du chef d'entreprise, la Cour de cassation répugne à étendre le champ de la nullité hors de domaines très étroits. Elle n'a pas accepté d'étendre la nullité en dehors des cas de licenciement illicite. Il est vrai que la prévision de sanctions spécifiques de la méconnaissance de l'exigence de justification (L.122-14-4) bride toute création jurisprudentielle en la matière. L'évolution induite par la soumission du pouvoir patronal au contrôle du juge exigerait pourtant une révision du rôle des sanctions en droit du travail. Cette révision est déjà à l'œuvre en matière de discriminations[1076].

La place de la nullité en droit social se heurte cependant à trois limites. La première est celle de la conséquence attachée à la nullité. La jurisprudence n'hésite plus aujourd'hui à affirmer que la nullité entraîne par principe la réintégration des salariés[1077]. Cette réintégration n'est cependant pas toujours souhaitée par le salarié. La Cour de cassation en ce cas a développé un ensemble de règles spécifiques à la réparation des licenciements nuls. Pour les salariés protégés, les sommes dues cumulent les indemnités liées à la méconnaissance du statut protecteur et celles liées à la rupture du contrat de travail. Le montant des premières comprend les sommes que le salarié aurait dû recevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection. Celui des secondes est au moins égal aux indemnités prévues par l'article L. 122-14-4[1078]. Pour les salariés ordinaires, le montant de la réparation est calculé en fonction du préjudice subi, mais il ne saurait être inférieur au montant des indemnités prévues par l'article L. 122-14-4[1079]. Ce mode d'appréciation est également dû en cas de violation des règles de licenciement des salariés victimes d'accidents du travail ou

1074. D. 1997, J. p. 171, prec..

1075. A. Supiot, *Le contrôle prud'homal des licenciements économiques*, Dr. soc. 1987, p. 269

1076. Cf. Supra, p. 215

1077. Soc. 30 avril 2003, Bull. civ., V, n° 152, prec. comp. aupparavant Soc. 27 novembre 1990, n° 87-41483, CSBP 1991.48 S.28

1078. Soc 12 juin 2001, Bull. civ., V, n° 219, JCP, ed. G., II, n° 10599 note D. Corrignan-Carsin ; voir également Soc. 25 novembre 1997, Bull. civ., V, n° 405 ; Soc. 12 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 900, obs. J. Savatier ; Soc. 12 dec 2001, Dr. soc. 2002, p. 225, obs. G. Couturier.

1079. Soc. 10 février 2004, n° 02-40182, à paraître au Bulletin.

de maladies professionnelles[1080], mais elle n'inclut pas les indemnités spéciales des articles L.122-32-6 et L.122-32-7[1081].

La seconde limite opposée à la nullité est le caractère radical de cette sanction, qui conduit à n'admettre en question des situations acquises depuis des temps plus ou moins long. La réprobation adressée aux nullités de procédure tient souvent au caractère radical de cette sanction. Pour en éviter les effets, certaines décisions ont posé une limite temporelle aux nullités de procédure. Celles-ci ne pourraient être soulevées que tant que la procédure n'a pas été achevée[1082]. Cette règle conduit à limiter les nullités de procédure à des moments où celle-ci pourrait encore produire un « *effet utile* ». Un raisonnement comparable a été adopté à la suite de l'adoption de la loi du 13 juillet 1973. Les juridictions ont refusé d'imposer la réitération de la procédure individuelle de licenciement irrégulière, car celle-ci ne présentait plus aucun intérêt[1083]. Aucun texte ne limite en ce sens la compétence des juridictions, ni les attributions des formations de référé. Ces dernières n'ont pas seulement le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires, mais encore des mesures de remise en état qui les autorise à mettre en question des situations de fait (Article R. 516-31 C. Trav.). Ces mesures ont pour intérêt d'éviter que les justiciables ne profitent des lenteurs de la justice pour imposer des situations de fait contraires au droit. Il semble pourtant que l'idée de nullités procédurales limitées au temps de la procédure reçoive une application croissante. La loi de modernisation sociale a inscrit dans l'article L. 321-4-1 des dispositions qui autorisent à contester les plans de sauvegarde de l'emploi présentés hors toute mesure de réduction du temps de travail. Le législateur a cependant indiqué que les actions peuvent être introduites « *jusqu'à l'achèvement de la procédure* ». Le Conseil constitutionnel en a déduit que cette nouvelle voie de droit avait pour particularité de conférer au juge « *le pouvoir de purger les irrégularités entachant la procédure de licenciement* », et qu'à défaut de tout recours, la violation des règles procédurales ne permettait pas le prononcé de la nullité du contrat de travail[1084].

La dernière limite opposée à la nullité tient aux effets de la nullité à l'égard des tiers. Ses effets peuvent s'étendre au-delà de la collectivité des salariés. En ce cas, l'inopposabilité des effets de la décision aux salariés constituerait sans doute une sanction mieux appropriée. Certains souhaitent que cette sanction civile soit appliquée en cas de violation des règles sur la consultation du comité d'entreprise sur les décisions économiques de l'entreprise. La nullité est ici difficilement applicable, en raison de la limitation des causes de nullité dans le droit commercial[1085]. La sanction de l'inopposabilité permettrait de priver l'employeur de son pouvoir d'imposer la mesure. La Cour de cassation a cependant montré des réserves à l'égard de l'inopposabilité. Elle refuse par exemple de priver d'effets les accords collectifs conclus au mépris des obligations consultatives[1086]. La solution

1080. Soc. 13 novembre 2001, Dr. soc. 2001, p. 115, obs. G. Couturier

1081. Soc. 22 mars 1989, Bull. civ., V, n°234

1082. Soc. 14 janvier 2003, Dr. soc. 2003, p. 344, prec.

1083. Soc. 16 mars 1978, Dr. soc. 1979, p. 291, note J. Savatier

1084. C. Const.12 janvier 2002, Décision n° 2001-455 DC, n° 12

1085. Cf. R. Vatinet, *Les conséquences du défaut de consultation par le comité d'entreprise*, RPDS n° 538-539, p. 59

1086. Soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 219.

pourrait être justifiée par la volonté de protéger l'autonomie collective. Elle montre cependant une nette défiance à l'égard de l'inopposabilité comme sanction du défaut de consultation.

De manière inattendue, les évolutions les plus significatives en la matière pourraient provenir du droit économique. La loi relative aux Nouvelles régulations économiques prévoit pour la première fois que le chef d'entreprise puisse être privé de son pouvoir de direction lorsqu'il ne consulte pas régulièrement le comité d'entreprise. Le 4e alinéa de l'article L. 432-4 prévoit, en cas d'offre publique d'achat, la possibilité d'une audition du chef de l'entreprise dépositaire de l'offre par le comité d'entreprise de la société qui fait objet de l'offre. En cas de refus d'audition devant le comité, la société « *ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre* ». Cette sanction ne peut être levée que lorsque le chef d'entreprise offrant a été entendu par le comité d'entreprise. Même si ces dispositions risquent de n'être utilisées que de manière purement formelle par les dirigeants de société, elles montrent le regain d'intérêt accordé à la protection du droit à l'information et à la consultation des salariés. Pour la première fois, le respect des prérogatives du comité d'entreprise permet de limiter les capacités d'action des organes dirigeants de l'entreprise.

Le développement des prérogatives des juridictions de référé permettrait peut être d'aboutir à une révision profonde de la portée de ces sanctions sans soulever d'aussi fortes objections que ne le ferait une réforme des sanctions du licenciement.

§3. UN RÔLE SPÉCIFIQUE POUR LE JUGE DES RÉFÉRÉS

337. La spécificité de l'exigence de justification réside essentiellement dans la mise en œuvre de procédures permettant l'établissement d'un dialogue sur les raisons d'agir du chef d'entreprise. Les sanctions destinées à faire respecter ces normes doivent par conséquent se voir assigner pour objectif le respect de ces procédures. L'exécution en nature doit donc être favorisée par rapport aux sanctions pécuniaires. La procédure de référé, par sa rapidité et sa simplicité a dès lors vocation à être l'un des moyens essentiels d'assurer le respect des droits des salariés en la matière. Le rôle des juridictions de référé tend à croître dans le droit privé contemporain et à acquérir une autonomie croissante à l'égard des juridictions du principal. La procédure de référé devient un mode de règlement des litiges indépendant de celui de la procédure ordinaire. Cette tendance n'est pas vraiment nouvelle. Les juges des référés ont aujourd'hui pour vocation d'apporter aux litiges une solution rapide et acceptable par les parties[1087]. Cette vocation confère aux juges

1087. Voir en ce sens J.F. Burgelin, J.M. Coulon, M.A. Frison-Roche, *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*, D. 1995, chr. p. 67, n° 15 sq. ; Ce mode de résolution des conflits n'est applicable que lorsque le juge des référés peut prononcer des mesures de réparation sur le fondement du trouble manifestement illicite, en l'absence de toute contestation sérieuse. Cf. A. Supiot, *Les pouvoirs de la formation de référé*, Dr. soc. 1986, p. 540

des référés la possibilité d'ordonner des mesures dont le contrôle échappe largement à la Cour de cassation[1088].

338. Référé et licenciement

Le droit contemporain octroie déjà une place importante aux formations de référé en matière de licenciement. Chaque fois que la sanction de la nullité peut être prononcée par les juges du fond, la Cour de cassation admet que les juridictions de référé ordonnent la poursuite du contrat de travail. Cette règle a été admise pour des licenciements prononcés pour faits de grève[1089], en raison de l'état de santé du salarié[1090] ou pendant la grossesse[1091]. Il est aujourd'hui certain que la même règle serait appliquée pour les licenciements économiques prononcés au mépris des règles sur le plan de sauvegarde de l'emploi[1092]. La Cour semble donc se conformer à la règle selon laquelle le juge des référés ne peut exiger l'exécution d'une obligation de faire que lorsque les juges du fond ont la possibilité d'exiger l'exécution de telles obligations[1093]. Les juridictions ont jusqu'ici refusé de prononcer en référé la poursuite du contrat de travail lorsque les juridictions du fond n'ont pas le pouvoir de prononcer la nullité. Lorsque le licenciement est injustifié, mais ne repose pas sur des mobiles illicites, le juge du fond ne peut ordonner la poursuite de la relation de travail[1094].

Les décisions qui admettent le pouvoir des juridictions de référé d'exiger la poursuite du contrat de travail sont toutes fondées sur l'article R. 516-31. Celui-ci autorise le juge à prononcer des mesures conservatoires ou de remise en état afin de faire cesser un trouble manifestement illicite. Le décret du 17 juin 1988 a précisé que ce pouvoir pouvait s'exercer même en présence d'une contestation sérieuse. L'utilisation de cet article semble aujourd'hui préférée par les juridictions, car elle exige le seul constat de l'évidence[1095]. Cette règle exige qu'aucun doute n'existe sur la manière dont le juge du principal trancherait le litige[1096]. La juridiction de référé

1088. Voir par exemple l'abandon du contrôle de la qualification de la notion de trouble manifestement illicite prôné par l'Assemblée plénière (A.P. 28 juin 1996, D. 1996, J., p. 497 note J. M. Coulon). L'Assemblée plénière adopte ici une position médiane entre celle de la 2ème Chambre civile, qui reconnaît que cette notion relève du pouvoir souverain du juge des référés (Civ. 2e 16 juin 1993, D. 1993, J., p. 590, note J. M. Coulon), et celle de la Chambre sociale qui semble admettre un contrôle normal sur cette notion (v. par exemple Soc., 20 février 1991, Bull. civ. V n° 83)

1089. Soc., 26 sept. 1990: Bull. civ. V, n° 387 ; Dr. soc. 1991, p. 60, rapp. P. Waquet, note JE Ray ; Soc., 9 février 1994, n° 91.40-425

1090. Soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n° 450

1091. Soc., 19 novembre 1997, Bull. civ. V, n° 382

1092. Cf. Soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V n° 144, reconnaissant aux salariés victimes du licenciement un droit propre à réclamer la nullité du licenciement consécutive à celle de la procédure de licenciement. Il en découle indéniablement la possibilité de réclamer en référé la poursuite du contrat de travail.

1093.Voir J. Héron, op. cit. n° 338. L. Cadiet, op. cit. n° 1003 ne mentionne cependant pas cette règle.

1094. Cf. par exemple Soc., 30 avril 1987, Bull. civ. V n° 252 (le tribunal ne peut ordonner la reprise de la procédure qu'en l'absence de cause réelle et sérieuse. Se heurte donc à une contestation sérieuse le fait de demander que soit réengagée la procédure de licenciement) ; de même Soc., 30 mai 1990, Bull. civ. V, n° 257

1095. A. Supiot, *Les pouvoirs de la formation de référé*, Dr. soc. 1986, p. 538 ; cf. Soc., 15 mars 1984: Bull. civ. V, n° 99

1096. A. Supiot, prec.

n'a pas, en principe, pouvoir pour prononcer elle-même la nullité d'un acte juridique, cette faculté étant réservée au juge du principal[1097]. Le juge des référés ne prononce pas véritablement la nullité de l'acte, mais affirme uniquement que la nullité ne lui semble pas contestable. Cette affirmation n'est pas dépourvue d'hypocrisie[1098]. Même si la décision de référé ne lie pas le juge du principal, l'issue du litige ne fait guère de doute.

339. L'évolution du rôle du référé dans le licenciement pour motif économique

Les mesures que peuvent ordonner les juridictions de référé ne se limitent pas à une anticipation des sanctions que le juge du principal peut prononcer. Le droit leur laisse une large marge de détermination des mesures qu'elles sont susceptibles de prononcer. L'article R. 516-30 leur accorde le pouvoir d'ordonner toutes les mesures justifiées par l'existence d'un différend, tandis que l'article R. 516-31 leur permet de prononcer les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Le choix de la mesure à prendre est ainsi des plus vastes. L'utilisation que font les juridictions de ce pouvoir dans les litiges relatifs à la consultation des salariés sur les décisions de restructuration est particulièrement intéressante. Dans l'arrêt Sietam, la Cour de cassation avait admis que pût être prononcée en référé la suspension d'une décision de fermeture d'un site, tant que l'employeur n'avait pas régulièrement consulté le comité d'entreprise. De même, dans les décisions rendues sur la fermeture du site de Renault Vilvoorde, le Tribunal de grande instance de Nanterre et la Cour d'appel de Versailles ont rendu une ordonnance qui interdisait à l'entreprise de poursuivre par quelque mesure que ce soit la fermeture de l'établissement[1099].

S'affirme ainsi, dans ce contentieux relatif à la méconnaissance des règles sur la consultation, la possibilité d'une neutralisation du pouvoir de l'employeur, afin de préserver la situation des salariés.

Si l'impératif de justification était pris au sérieux, la solution devrait pouvoir être étendue à l'ensemble des cas de violation de cette obligation. La méconnaissance de cette obligation conduit à une violation manifeste des règles de droit, et à une atteinte évidente aux droits des salariés. Il serait donc souhaitable, d'étendre le pouvoir des juridictions afin que soit préservé le droit des salariés à bénéficier des règles sur l'exigence de justification. Il ne nous paraît pas que l'interdiction faite aux formations de référé de prononcer des mesures que la juridiction du principal ne peut prononcer ait une autorité suffisante pour faire obstacle aux prérogatives des référés.

340. Conclusion sur les sanctions

Les sanctions de l'exigence de justification sont diverses et peu cohérentes. Se développent cependant des sanctions qui tendent à donner une portée croissante à cette obligation. Deux sanctions complémentaires sont particulièrement importantes à cet égard : l'extension de la déchéance du droit de se prévaloir des mobiles

1097. Cf. en matière disciplinaire Soc., 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 110
1098. L'expression est de J. Héron, prec. n° 327
1099. TGI Nanterre, 4 avril 1997, Versailles, 7 avril 1997, prec., Dr. soc. 1997, p. 504

irrégulièrement allégués, et la possibilité de demander en référé la suspension des mesures de gestion du personnel prononcées au mépris des règles de procédure, afin de sauvegarder les intérêts des salariés concernés.

341. Conclusion de la première partie

La justification s'affirme comme une obligation originale dans l'ordre juridique. Développée à partir du droit du licenciement, elle concerne aujourd'hui de nombreux aspects de la relation de travail. Son originalité tient tant aux règles procédurales qu'aux règles processuelles qu'elle impose à l'employeur. Ces normes l'obligent à dévoiler les raisons de ses choix dans le cadre d'un débat argumenté. Les sanctions de cette obligation sont pour l'instant peu cohérentes, mais la jurisprudence tend à produire des règles spécifiques qui permettent de donner efficacité à ces normes.

L'originalité de la justification n'est pas limitée à l'obligation faite à l'employeur de rendre transparents ses choix. Elle consiste également en l'institution d'un contrôle des raisons avancées par le chef d'entreprise. Ce n'est plus tant *la* justification, procédure d'explicitation des motifs, qui est ici envisagée, que *les* justifications, les raisons d'agir avancées par l'employeur. Quand de telles raisons sont-elles considérées comme pertinentes dans l'ordre juridique ? Il convient alors de réfléchir à la manière dont celles-ci sont contrôlées par le juge.

Seconde partie

LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS

342. Dépasser une compréhension dogmatique de la justification

Une catégorie de normes, clairement identifiable dans l'ordre juridique, impose à l'employeur de justifier nombre de ses choix en matière de gestion du personnel.

L'obligation de justifier ces choix ne constitue pas seulement une obligation de transparence imposée à l'employeur. Elle impose également le contrôle de ces raisons par un for externe. En d'autres termes, l'employeur doit non seulement dévoiler les motifs de ses actes, mais ceux-ci doivent être raisonnables, et pouvoir être sinon approuvés, du moins compris par un tiers. Les mécanismes de ce contrôle font l'objet des analyses qui suivent.

La délimitation de la catégorie de normes étudiées appelle un approfondissement théorique et pratique de la manière dont cette norme reçoit application. Que signifie concrètement la proposition « *X doit justifier* a »[1100] ? Comment peut-on passer de cet impératif catégorique à la conclusion *« X a justifié* a » ou au contraire « *X n'a pas justifié* a » ? Cette opération est classiquement comprise comme une opération de *subsomption*, par laquelle un comportement est réduit à une catégorie normative signifiée par une règle. Ce raisonnement est pourtant fort mal connu, et ne peut absolument pas être appréhendé de manière satisfaisante en présence d'une norme qui prescrit de justifier des choix. Lorsque le juge affirme que tel licenciement est pourvu d'une cause réelle et sérieuse, s'est-il contenté « *d'appliquer* » une règle, de reconnaître que le comportement est conforme au modèle proposé ? Il ne le semble pas, car, précisément, la règle ne signifie aucun modèle catégorique.

343. L'analyse de la justification des mesures de gestion du personnel ne saurait en conséquence se limiter à la description du régime juridique appliqué à cette notion. Il convient de compléter cette description par la proposition d'un modèle de connaissance qui permette de rendre compte du mécanisme de la justification proprement dit. Force est de constater que les analyses juridiques classiques ne permettent point de comprendre pleinement la manière dont les juges raisonnent lorsqu'il applique une telle norme. Le parti pris ici est d'appréhender le processus de

---

1100 X désigne ici une personne, qui doit justifier l'action a. Ces conventions sont reprises dans la suite du paragraphe.

contrôle des justifications comme un contrôle des argumentations. Le point de vue strictement juridique sera donc complété par des analyses empruntées à des disciplines académiques extérieures au droit du travail : rhétorique, théorie du droit, sociologie ou économie.

L'approfondissement de notre étude exige donc une réflexion sur la manière dont les normes en question reçoivent application ou réalisation. Ceci implique en premier lieu une réflexion sur la manière dont le jugement peut se produire en présence d'un impératif de justification (Titre 1er). L'office du juge n'est cependant pas uniquement défini par ces règles juridiques. Le litige n'est pas seulement résolu par l'application de ces règles de jugement. La solution du litige dépendra pour beaucoup des capacités de conviction des parties : il convient alors d'esquisser des éléments d'une théorie de l'argumentation afin de comprendre les règles de la conviction (Titre 2).

Titre 1. Les règles de jugement et la justification

Titre 2. Éléments d'une analyse rhétorique des justifications

Titre 1

LES RÈGLES DE JUGEMENT ET LA JUSTIFICATION

344. Les règles de jugement

Le jugement est l'opération par laquelle l'esprit saisit une situation afin de la soumettre à des règles. Il désigne « *une appréhension du réel par des concepts* »[1101]. Les règles de jugement désignent les règles utilisées concrètement afin de trancher un litige.

Le jugement par lequel est apprécié le caractère justifié ou injustifié d'un acte est opéré le plus souvent par le juge. Nous avons cependant vu que cette opération est parfois laissée à un organe de représentation du personnel tel que le comité d'entreprise ou les délégués syndicaux. L'opération de jugement n'est pas soumise aux mêmes règles processuelles dans ces deux cas, mais là n'est sans doute pas l'essentiel : l'appréciation de la rationalité d'un acte est confiée à un for externe. C'est le mécanisme de cette appréciation qui est ici étudié. Le fonctionnement n'en diffère pas essentiellement lorsqu'il est effectué par le juge ou par un autre for externe. La tradition juridique ayant permis la formalisation de cette opération de réalisation des normes, nos réflexions seront le plus souvent basées sur le raisonnement judiciaire. Ce dernier fournit un modèle qui peut être transposé pour l'appréciation de toutes les justifications par un for externe.

Les règles de jugement utilisées dans les litiges relatifs à la justification doivent être comprises comme des règles à structure ouverte, qui laissent au juge une grande marge de manœuvre dans le règlement du litige. Elles doivent donc être étudiées au sein de la catégorie des standards du droit (Chapitre 1).

Si le juge bénéficie en application de cette technique d'une large autonomie dans sa mission de contrôle des justifications, il faut cependant préciser les règles qui régissent son office dans le contrôle des justifications (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le contrôle des justifications et la technique du standard juridique

Chapitre 2. L'office du juge dans le contrôle des justifications

1101. P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998, p. 120

Chapitre 1

LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS ET LA TECHNIQUE DU STANDARD JURIDIQUE

345. La compréhension de la manière dont le jugement est réalisé en présence d'un impératif de justification est facilitée si l'on conçoit la justification comme l'application d'une technique normative spécifique : le standard juridique.

L'objet de la justification – dit encore « *règle de fond* » - impose que les raisons avancées par l'employeur présentent une certaine qualité : la cause du licenciement doit être « *réelle et sérieuse* », la sanction doit être « *justifiée et proportionnée* », la différence de traitement doit résulter de « *raisons objectives* ». Ces expressions ont pour point commun de ne pas imposer un modèle de comportement rigide. Elles sont communément dénommées « *standards* », « *normes souples* », « *notions à contenu variable* » ou « *normes à structure ouverte* », à l'instar d'autres notions mieux connues telles que celles de bonne foi, de faute ou d'intérêt de l'enfant.

De lourdes confusions entourant la notion de standard juridique, il semble nécessaire de la préciser ce qu'elle désigne (Section 1), avant de proposer un cadre d'analyse qui permette de restituer sa pleine dimension argumentative (Section 2).

Section 1. La notion de standard juridique

Section 2. Une analyse argumentative des standards de justification

SECTION 1. LA NOTION DE STANDARD JURIDIQUE

346. La théorie juridique connaît depuis longtemps la technique du standard. Elle constitue un mode de régulation très spécifique. Aussi la singularité du standard juridique doit-elle être dégagée (§2) au regard de la conception usuelle de la norme comme modèle de conduite (§1).

§1. LA NORME COMME MODÈLE DE CONDUITE

Il convient de rappeler que la norme doit s'analyser comme un modèle de conduite (A), et de montrer en quoi l'exigence de justification est l'expression d'une norme juridique (B)

A. LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DE LA NORME

347. Diversité des conceptions de la norme juridique[1102]

Les notions les plus fondamentales d'une discipline sont toujours délicates à définir, leur conception relevant trop souvent de prémisses idéologiques ou métaphysiques. Ainsi en est-il de la notion de *norme* dans la théorie juridique. Il n'est pas question de construire ici une théorie originale de la norme, mais simplement de rappeler les éléments essentiels de la théorie juridique afin de mieux comprendre comment les juges raisonnent lorsqu'une règle leur prescrit de contrôler le caractère raisonnable d'une action. La grande complexité de ces questions oblige à n'en présenter que les aspects les plus saillants. La conception positiviste usuelle entend la norme comme l'expression d'un devoir-être (1). La description de la norme comme un modèle semble cependant rendre compte de cette notion de manière plus satisfaisante (2).

1. La norme comme devoir-être

348. Conception Kelsénienne de la norme

Les conceptions jusnaturalistes du droit avaient tendance à confondre l'impératif de la norme juridique et l'obligation (morale) de suivre les prescriptions normatives. Kelsen rompit avec cette perspective, en affirmant que les normes se définissent par un devoir-être (*Sollen*). Elles s'opposent donc aux faits du monde sensible dont l'existence relève de l'existence physique (*Sein*).

349. Critiques de la conception déontique de la norme[1103]

1102. L'exposé se limite aux seuls besoins de l'analyse. La question de la défintion de la norme juridique est fait l'objet de nombre de théorie et de d'infinies nuances dont la présente étude ne prétend pas rendre compte. Cf. en particulier D. de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit ? O. Jacob, 1997 ; H.LA. Hart, The concept of Law, Oxford University press, 1994 ; C. Gzregorczyk, Controverses autour de l'ontologie du droit, Puf, 1989.

L'option idéologique de la définition de Kelsen de la norme est aisée à dévoiler. Kelsen semble avant tout concevoir la norme comme un impératif auquel les individus doivent se soumettre. De là l'idée, de grande importance dans son œuvre, que tout système juridique suppose une norme fondamentale en vertu de laquelle « *on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit* »[1104]. Kelsen situe certes son analyse au niveau d'un métalangage, et il affirme que cette norme, *supposée* et non *posée*, est une « *hypothèse logique-transcendantale* »[1105]. Il faut entendre par là que les normes ne peuvent être considérées comme objectivement valides que si on admet un tel présupposé. La prétention descriptive de Kelsen ne masque pas une conception prussienne du droit, l'une des préoccupations de cet auteur étant le fondement d'un État puissant[1106].

Il convient en outre de préciser que la conception déontique de la règle de droit ne permet pas de décrire de manière satisfaisante l'ensemble des phénomènes normatifs[1107]

2. La norme comme modèle

a)L'analyse de Paul Amselek

350. M. Amselek a proposé une conception de la norme sensiblement différente de celle de Kelsen[1108], encore qu'elle ne soit pas vraiment contradictoire avec les enseignements de ce dernier[1109]. Cette analyse évite les pièges de l'excessif normativisme Kelsenien. Sans doute les prémisses théoriques de la méthode phénoménologique prônée par M. Amselek peuvent-ils être critiqués[1110]. L'analyse qu'il propose de la norme peut cependant être abstraite de son contexte philosophique. Il définit les normes comme des modèles. Affirmant à la suite de Kelsen que les choses sont en elles-mêmes dépourvues de toute valeur, M. Amselek considère que les normes peuvent être définies comme l'instrument qui permet de mesurer la valeur des choses. Il s'appuie sur l'étymologie commune aux termes

---

1103. Déontique : du verbe grec *deîn*, lier, attacher, de là *to deon*, ce qu'il convient de faire. La conception déontique du droit désigne une vision impérative du droit. Celui-ci obligerait les individus à se conformer aux règles.

1104. *Théorie pure du droit*, p. 266

1105. ibid.

1106. Voir C. M. Morand, *La sanction,* APD 1990, p. 293

1107. Cf la synthèse des critiques adressées à la conception déontique de la règle de droit in A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chr., p. 199, n° 5 sqq.

1108. P. Amselek, *Perspectives d'une réflexion méthodologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ 1964, 450 pages. Cette importante thèse de théorie du droit est exposée in *La phénoménologie et le droit*, APD 1972, p. 185 ; voir également A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chr. p. 199, n° 9 sqq.

1109 Voir sur ce point les observations de P. Amselek, *Perspectives d'une réflexion méthodologique sur la théorie du droit*, prec., p. 45

1110. La méthode phénoménologique, héritée des conceptions philosophiques de Husserl prétend que l'esprit peut saisir de manière immédiate les choses, telles qu'elles se donnent à la connaissance du sujet (Voir l'introduction de sa thèse, Perspectives… prec. p. 1 sqq). Cela suppose la reconnaissance aux choses d'une essence implicite que la perception est à même de reconnaître. Les constructions sociales aussi complexes que la notion de norme peuvent laisser un doute sur la possibilité d'une perception aussi intuitive. Voir les remarques de Chr. Gzregorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, p. 69 sqq.

« *norme* » et « *règle* » qui renvoie à un instrument de mesure concret (l'équerre et la règle du maçon). Il en déduit que la norme est un instrument –un outil fabriqué par l'homme- destiné à mesurer les choses, à leur conférer une valeur. En d'autres termes, la norme juridique serait l'étalon qui permet de dire si les situations examinées sont ou non conformes au droit. Cette valeur provient de la confrontation entre la situation considérée et la norme.

La norme est donc ici conçue comme un modèle édicté par les autorités étatiques, ayant vocation à être suivi par les destinataires de la règle. La liberté humaine interdit cependant de prendre parti sur le caractère obligatoire de telles normes, qui relève uniquement de questions d'éthique.

351. L'objet des normes

Demeure alors la question de savoir ce qui fait l'objet de ce modèle. Cette question a été débattue, afin de savoir si seuls des comportements humains pouvaient être l'objet des normes juridiques. Selon M. Amselek, ce serait là restreindre inutilement la notion de norme[1111]. L'Ancien droit n'a-t-il pas connu des normes qui avaient pour destinataires des animaux ou encore des cadavres ? On pourra alors affirmer avec M. Amselek, de manière très large que les normes ont pour objet des « *situations* » ou plus largement des « *états de chose* »[1112]. Les mesures de gestion du personnel relèvent plus précisément du modèle de comportement.

b) La règle comme modèle et la question de l'application du droit

352. L'application des normes dans les conceptions déontiques du droit

La conception de la règle comme modèle permet d'envisager l'office du juge dans le règlement des litiges de manière plus réaliste que ne l'autorise la conception déontique du droit.

Si la règle de droit est comprise comme un devoir-être imposé par une autorité légitime, la place laissée au juge est à la fois simple et réductrice. La norme est conçue comme un impératif catégorique qui s'impose au juge dans le règlement du litige. La séparation entre édiction et application du droit conduit à conférer un rôle purement mécanique au juge. La question de la justification des normes, par exemple, est laissée aux seules autorités politiques. Il suffit que la règle soit valide pour qu'elle s'impose aux justiciables et au juge. Le juge se limite ainsi à une transcription de la volonté du législateur dans le règlement des litiges. L'application du droit est ici représentée comme la réalisation d'un syllogisme dont la mineure est constituée par la situation de fait, la majeure par la règle de droit, et la conclusion par la solution donnée au litige.

Ce rôle confié au juge ne rend absolument pas compte de manière réaliste du rôle du juge dans l'ordre du droit. La norme n'est jamais donnée, mais elle est la signification donnée à une proposition. La détermination de cette signification est laissée à la question de l'interprétation. L'analyse de cette dernière par Kelsen laisse entrevoir un certain trouble de cet auteur sur la cohérence de sa théorie des

1111. id. p. 215

1112. Les états de chose désignent à la fois les conduites, les états d'objet, les rapports entre les hommes et les rapports entre les hommes et les choses.

normes[1113]. Influencé par la théorie réaliste du droit, il concède que l'interprétation n'est pas un acte de connaissance contraint par la formulation de la norme, mais qu'elle constitue un acte de volonté de celui qui interprète la norme. Kelsen adopte ainsi une position qui n'est pas très éloignée de celle des tenants de l'école du scepticisme juridique américain (« *rule scepticism* »), dont les auteurs considèrent que les normes ne constituent qu'un mode de justification *a posteriori* de décisions plus ou moins irrationnelles et fondées sur les affects du juge[1114].

La séparation entre édiction et application de la règle devient dès lors très artificielle. Elle ne peut être sauvée que par la distinction entre un noyau dur de certitude et des « *cas difficiles* » qui laissent une grande marge de liberté au juge[1115]. Cette distinction est elle-même artificielle, car la détermination des cas difficiles est aussi une question sur laquelle l'interprète dispose d'une large marge de manœuvre. En d'autres termes, cette distinction est elle-même de nature rhétorique, de telle sorte qu'elle ne permet nullement de spécifier quand une règle peut être dite claire ou non[1116].

La conception déontique de la règle de droit ne pèche pas uniquement parce qu'elle ne permet pas d'expliquer comment la signification de la règle de droit s'impose au juge. Elle ne fournit aucune explication sur la manière dont le juge choisit la règle qui lui permet de trancher le litige.

353. La norme comme modèle et la question de l'application du droit

La réduction de la norme à un outil destiné à conférer une valeur aux états de choses rend plus modeste la question de l'application de la norme. La norme est considérée comme un simple outil à la disposition du juge. Pour P. Amselek, le juge utilise une règle de la même manière que le tailleur emploie un patron[1117]. Il confronte la situation à la règle destinée à l'évaluer afin de voir si la situation est ou non conforme au droit.

Il existe une différence de nature entre les catégories générales et abstraites des normes et l'irréductible spécificité des situations de fait. L'application de la règle de droit ne peut dès lors que ressembler à une activité artisanale, telle que P. Amselek décrit l'activité du juge[1118]. Sans fournir un éclairage précis sur la manière dont le juge applique les normes, la définition de la règle comme un modèle a le mérite de permettre la construction d'un modèle réaliste de la réalisation du droit.

Nous retiendrons par conséquent l'idée que la norme constitue un modèle, et nous partirons de cette idée pour tenter de construire un cadre qui permette de rendre compte de la manière dont le juge remplit son office en présence d'une norme portant justification.

1113. Cf Kelsen, *Théorie pure du droit*, prec., p. 452 sqq. adde M. Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, Puf, 1994.

1114. Cf. sur le réalisme juridique américain et scandinave cf M. Troper et alii, *Le positivisme juridique,* LGDJ, 1992, p. 51 sqq.

1115. Cf. HLA Hart, *Concept of Law*, p. 131

1116. Cf R. Dworkin, *L'empire du droit*, p. 352

1117. P. Amselek, *Perspectives d'une réflexion épistémologique*..., prec., p. 66 sq.

1118. Voir également les intéressants développements de T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit,* LGDJ, 1988

B. L'IMPÉRATIF DE JUSTIFICATION COMME MODÈLE DE CONDUITE

354. L'impératif de justification comme norme

Les règles qui imposent la justification des mesures de gestion du personnel sont assurément des normes dans le sens défini par P. Amselek. Elles constituent un modèle qui permet de dire si le comportement de l'employeur est ou non conforme au droit. L'employeur ne peut licencier que pour une cause réelle et sérieuse, il ne peut prononcer de sanctions que justifiées et proportionnées au manquement du salarié. Il ne peut opérer de différence de traitement que justifiée et proportionnée. Nul doute que ces diverses expressions signifient un modèle de conduite qui sert à apprécier la conformité de l'acte en question (licenciement, sanction, différence de traitement) au droit.

Ces normes sont souvent qualifiées de « *substantielles* » car elles permettent de caractériser le fond du droit par opposition aux règles de preuve et de procédure. Le terme est pourtant équivoque. Rien dans ces normes ne permet de préciser la « *substance* » que doivent comporter ces mesures. Si la norme concerne le fond du droit, le modèle de conduite imposé n'a rien de substantiel.

355. Modèle formel, matériel et procédural

Aussi convient-il de préciser que, si toutes les normes imposent un modèle de conduite, la teneur de ce modèle peut être très variable. M. Teubner distingue ainsi trois formes de rationalité : formelle, matérielle, et procédurale[1119]. Chaque modèle correspond à un mode à de régulation dominant à une période donnée, mais les trois modèles coexistent toujours dans les ordres juridiques contemporains.

Le modèle *formel* désigne une régulation qui n'appréhende que la forme des actes juridiques, sans se soucier des questions de fond. Il se contente de délimiter des sphères de régulation individuelles autonomes. Le droit des contrats classique n'appréhende ainsi que la force obligatoire des conventions résultant d'un accord de volonté, sans aucune limite inspirée de préoccupations d'équité ou d'équilibre des prestations contractuelles. Le modèle *matériel,* propre à la démocratie sociale, désigne une régulation qui cherche au contraire à définir les règles de fond qui déterminent le juste équilibre entre les objets des obligations. Le droit du travail de l'ère industrielle fournit une bonne illustration de ce modèle : il définit des règles impératives en matière de salaire ou de temps de travail, qui fixent les règles minimales applicables dans les relations de travail. Le troisième modèle, né de la crise de l'Etat providence, désignerait une rationalité *procédurale* (ou *réflexive*), plus imprécise et davantage contestée[1120]. Elle désignerait des règles qui définissent

1119. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, LGDJ 1994 p. 14 sqq.

1120. Sur la théorie procédurale, cf. outre G. Teubner, prec., J. Lenoble, *Droit et communication*, Cerf, 1994. La principale critique qui peut être adressée à la théorie procédurale réside dans le fait que ses tenants n'ont jamais réussi à clarifier la question de savoir si elle décrit un modèle de régulation existant, ou si elle constitue un idéal de la régulation juridique vers lequel devraient tendre les ordres juridiques. Il résulte, à notre sens, de cette incertitude sur le caractère descriptif ou prescriptif du modèle une impossibilité radicale soit de l'infirmer, soit de le. Il est impossible, faute d'une construction plus précise d'affirmer si la théorie procédurale décrit de manière fidèle ou non notre système juridique.

les conditions de production d'un accord équilibré, corrigeant les échecs du marché, mais sans définir de règles substantielles.

La transposition du cadre d'analyse proposé par M. Teubner au groupe de normes étudiées est sujette à caution. La seule exigence de justification aurait pu être vue comme la promotion de normes procédurales. Il en est ainsi de la plupart des règles de nature collective. Ces règles se limitent à prescrire une obligation de consultation ou de négociation, sans prendre parti sur la teneur des règles qui peuvent résulter de l'accord de volonté. Le contrôle du respect des critères d'ordre pourrait également correspondre à ce mode de régulation. Le juge se contente de vérifier si la décision a été prise suivant les règles de procédure prescrites, mais s'abstient de tout contrôle de la légitimité du choix qui en découle[1121]. Par contre, les normes relatives au contrôle des motifs, en matière de licenciement, de discipline ou d'égalité professionnelle empruntent des caractères tant au modèle substantiel qu'au modèle procédural de régulation. A l'instar des règles procédurales, elles ne permettent pas de déterminer a priori de raison d'agir, de modèle de conduite impératif dans l'action. Cependant, ces normes ont pour particularité de confier au juge la mission de surveiller la légitimité de la décision issue de la délibération. Il ne veille pas seulement au respect de la procédure. Le législateur lui confie le soin de déterminer le caractère légitime des actes.

Aussi ne semble-t-il pas que l'impératif de justification réponde entièrement aux caractères dégagés par la théorie procédurale, même s'il en revêt parfois certains traits. La spécificité des normes envisagées semble mieux cernée si on les envisage non pas du point de vue du mode de régulation qu'elles empruntent, mais de celui du rôle très particulier qu'elles confient au juge. Sous cet aspect, ces normes sont analysées de manière satisfaisante au sein de la catégorie du standard juridique.

§2. LE STANDARD JURIDIQUE

356. La théorie du droit s'intéresse depuis longtemps aux standards et autres notions floues du droit. Ces normes très particulières ont été au cœur des réflexions des juristes sur la notion de règle, ainsi que sur la réalisation judiciaire du droit. Afin de comprendre comment le concept juridique de standard a été construit, il convient d'en dresser un panorama historique, avant de sélectionner le sens qui doit être conféré à cette notion.

A. HISTORIQUE

357. Du syllogisme au rôle créateur du juge

L'invention des standards doit beaucoup à l'œuvre de Gény[1122], et à la découverte, au tournant du siècle, de l'importance du rôle des juges dans les processus de création du droit. Rompant avec l'école de l'Exégèse, les juristes des

1121. Encore faut-il préciser que le pouvoir unilatéral s'accorde très faiblement avec l'idée d'une procéduralisation. Celle-ci exige un accord entre les acteurs.

1122. F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* 2 vol., Sirey, 1899, et Science et technique en droit privé positif, 4 volumes, Sirey, 1914-1924

temps modernes ont pris conscience que le raisonnement juridique ne pouvait être réduit à la simple mise en œuvre de raisonnements formels, basés sur l'application de syllogismes par les juges[1123]. Ils attribuent à ces derniers un rôle important dans la production des règles. Les auteurs ont donc tenté de préciser et de spécifier les voies de la création normative par les magistrats. L'une de ces techniques a été baptisée le *standard juridique* (ou quelquefois *notion à contenu variable*), par importation d'un terme anglo-saxon[1124].

La définition de ce terme a cependant rencontré de nombreuses difficultés, souvent masquées derrière le sophisme grossier selon lequel une notion à contenu indéterminé serait elle-même indéterminée[1125]. Les années 1930 ont connu une véritable « *mode* » du standard, donnant lieu à de nombreuses publications[1126]. Pourtant, aucun des auteurs n'est parvenu à en livrer une définition satisfaisante. L'écueil essentiel rencontré par ces auteurs était induit par les présupposés qui guidaient leur réflexion. Ces auteurs étaient fortement influencés par le vitalisme bergsonien dont Gény s'était réclamé. Leur souci principal semble avoir été de montrer les infinies capacités d'adaptation du droit à la variété des faits. Le standard juridique a donc été présenté d'emblée comme un progrès dans la régulation juridique. De ces prémisses, les auteurs ont déduit l'idée d'une prétendue opposition entre la norme et le standard. Alors que la norme donnerait une solution de détail aux litiges, le standard se caractériserait par son absence d'automatisme, ouvrant la voie à l'intuition et à l'expérience dans l'application du droit[1127]. Le standard pouvait alors, par ses facultés d'adaptation être présenté comme une technique de régulation préférable à celle fournie par la norme. Cette opposition syncrétique entre standard et norme était erronée. Ainsi que l'exprime M. Rials[1128], le standard ne peut être compris que comme une règle juridique, même si sa technique d'expression est particulière. L'opposition entre norme et standard conduisit la doctrine à considérer comme standard toute notion quelque peu imprécise, d'où la longue éclipse connue par la suite par cette notion, qui perdait tout intérêt.

358. Définition de M. Rials

Le standard doit avant tout être compris comme une règle, un outil à la disposition des particuliers ou des magistrats, qui permet d'évaluer le comportement des individus, et de dire si ceux-ci sont ou non conformes au droit. Quels sont alors les signes qui permettent de distinguer les standards juridiques des autres normes ?

M. Rials, dans une étude remarquable sur la notion de standard en droit administratif[1129], a montré la complexité de la définition du standard. Selon lui, le standard peut être caractérisé par la combinaison de trois niveaux de définition. Sur un plan matériel, le standard se caractérise par son indétermination normative *a*

1123. cf. C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, p. 20 sqq.

1124. R. Pound semble avoir été le premier à utiliser ce terme. Cf. S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard,* LGDJ, 1980, n°18

1125. S.Rials, id., n° 20

1126. cf. la bibliographie dressée par S. Rials, prec. n° 17 sqq.

1127. cf A. A. Al Sanhoury, *Le standard juridique*, Mel. Geny, 1936, T. 2, p. 145

1128. id. n°28

1129. S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard* (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Préface de P. Weil, LGDJ, 1980. Le travail conceptuel important de M. Rials présente un intérêt qui dépasse le seul droit administratif, et peut sans réserve être repris en droit privé.

priori. Il ne fournit aucun modèle de conduite prédéterminé. Ce critère est cependant insuffisant, car toute notion imprécise finirait par être vue comme un standard[1130]. La définition peut donc être complétée sur un plan formel : certaines formes linguistiques seraient un critère du standard. Le standard se manifeste essentiellement au travers d'adjectifs ou d'adverbes (« *normal* », « *manifeste* », « *abusif* », « *sérieux* ») ou certains substantifs (la *faute*, l'*urgence*…). Ce critère ne conduit cependant qu'à l'élaboration d'une liste, et ne fournit aucune définition[1131]. Sur un plan fonctionnel, le rôle de la notion de standard serait triple. Elle permettrait de déléguer le pouvoir d'appréciation au juge, de rendre son choix acceptable (par l'utilisation de termes renvoyant à l'idée de normalité), et enfin d'uniformiser le processus de création du droit par le juge[1132].

359. Idée de normalité

Abandonnant ces éléments de définition, S. Rials livre ensuite sa propre conception du standard. Pour lui, le standard serait un pur instrument de mesures des comportements ou situations en terme de normalité (p. 74). C'est là son hypothèse principale, ainsi que l'atteste le sous-titre de sa thèse (« E*ssai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* »). La *normalité* devrait selon lui être entendue de deux manières. La normalité peut d'abord s'entendre de manière sociologique, statistique, comme ce qui est habituellement pratiqué. Elle peut également s'entendre de manière prescriptive, comme étant ce que le juge conçoit comme un comportement normal. A ces deux définitions de la normalité correspondraient deux catégories de standard, les standards *descriptifs* et les standards *dogmatiques*. La plupart des standards mélangeraient cependant ces deux acceptions de la normalité[1133].

B. PROPOSITION D'UN CADRE D'ANALYSE DU STANDARD JURIDIQUE

Le travail de définition avancé par M. Rials constitue un apport sûr à la compréhension des standards juridiques, aussi constituera-t-il notre point de départ vers la construction d'une notion opératoire dans le cadre de notre recherche.

1. Critique de la définition de M. Rials

360. Critique de la notion de normalité

Les trois niveaux de définition dégagés par M. Rials sont incontestables. La définition du standard combine trois éléments : matériels (indétermination normative a priori), formels (emploi de termes flous), et fonctionnels (délégation du pouvoir d'appréciation au juge).

En revanche, dire que le standard constitue un mode d'appréciation des comportements en termes de normalité semble à la fois inexact et fallacieux.

1130. Id. n° 31
1131. id., n° 48 sqq.
1132. id. n° 50 à 70.
1133. Id. n° 81

La proposition est d'abord inexacte en ce qu'elle réduit l'appréciation par les standards à la seule question de la normalité des états de chose. Certains standards, ainsi que le reconnaît M. Rials[1134] ne sont cependant pas « *substituables* », et ne permettent pas une évaluation en termes de normalité. En droit privé, la notion d'*intérêt de l'enfant*, que l'on s'accorde à considérer comme un standard[1135], peut fournir un exemple de standard non réductible à l'idée de normalité. Cette notion est utilisée pour trancher les litiges concernant l'exercice de l'autorité parentale[1136] ou son attribution en cas de divorce[1137]. Les litiges ne seront pas traités ici par référence à la normalité, qui ne revêtirait dans ce cadre aucun sens. Ce standard renverrait plutôt à l'image d'une pesée des intérêts. De même, la notion d'urgence renvoie à l'idée d'une appréciation des intérêts en présence[1138], sans que soit en question l'idée de normalité. La concentration de l'analyse du standard sur la seule question de la normalité conduit à réduire tout standard à l'idée de faute, ce qui est loin d'être exact.

La notion de normalité est en outre une notion trompeuse. Elle ne fournit qu'en apparence un outil d'analyse des standards. La notion de standard descriptif peut se voir reconnaître une utilité. Ainsi, de nombreux standards du droit fiscal renvoient-ils à la normalité (« *rémunération normale* » ou « *frais normaux* »[1139], comprise comme une normalité statistique. Ils désignent alors ce que font habituellement les particuliers. En revanche, la notion de standard dogmatique n'a pas grand sens, si on entend par-là ce que le juge définit comme étant ce qui doit normalement se faire. Ce critère ne fournit en réalité aucun modèle d'appréciation. L'idée de normalité ne fait ici que définir un terme inconnu par un autre terme inconnu (*incognitus per incognitus*), et se révèle donc de peu d'utilité. L'idée de normalité est donc trompeuse, car elle ne fournit aucune indication du modèle utilisé pour définir cette normalité.

361. Le standard, norme de renvoi ?

Certains auteurs, afin de contourner cette difficulté, ont avancé l'idée selon laquelle le standard juridique fonctionnerait comme une norme de renvoi[1140]. A l'instar des règles du droit international, elles ne fourniraient pas un modèle permettant l'évaluation d'un état de choses, mais renverraient au jeu d'une autre norme afin d'en déterminer la normalité. Dans le cas des standards, ces normes ne seraient pas des normes étrangères désignées par la norme de renvoi, mais des normes issues de systèmes non juridiques, tels les systèmes moraux ou sociaux.

L'idée n'est probablement pas inexacte, si on l'envisage du côté du processus de création des normes légiférées. Qui ne perçoit que la création d'un standard par le

---

1134. Id. n° 76 Pour S. Rials, les standards qui permettent une appréhension uniquement en terme de normalités peuvent être nommés des standards « substituables ».

1135. Voir par exemple J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in Ch. Perleman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 sqq

1136. article 372-1-1 du Code civil

1137. art. 287 du Code civil

1138. Pour l'urgence dans le référé, cf. J. Héron, prec., n° 322

1139. Voir la liste citée par S. Rials, id. n°103

1140. P. Jestaz, Rapport de synthèse, RRJ 1988-4 p. 1187

législateur est une forme de capitulation de la norme devant les faits, un renoncement à définir les valeurs qui doivent prévaloir ? Faute de définir ces dernières, le législateur se contente de renvoyer à des notions floues, objet d'un large consensus dans le monde de l'opinion. Il laisse au juge le soin de déterminer la règle qui lui permettra de trancher le litige. Les raisons pour lesquelles le législateur se dessaisit de son pouvoir de création normative sont multiples. Elles peuvent résulter de simples nécessités pratiques, telles que l'impossibilité matérielle d'envisager à l'avance l'ensemble des situations que la règle embrassera, à l'image de la notion de faute. Le choix d'un standard par le législateur peut aussi résulter d'une timidité de l'action législative, consécutive à la crise du politique. A défaut de choisir les valeurs qu'il entend imposer, le législateur fixerait simplement un cadre flou et consensuel en déléguant au juge le pouvoir d'en déterminer les modalités d'application.

La réduction du standard juridique à une norme de renvoi n'est cependant pas pertinente lorsqu'on l'envisage sous l'angle du rôle du juge dans l'application du droit. Le renvoi à une appréciation de la normalité par les règles d'un système extra-juridique ne permet pas de déterminer quelles sont les règles que le juge applique pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Les standards ne désignent jamais un système précis de valeurs. Par ailleurs, si ces normes renvoyaient au seul système social, le pluralisme des valeurs exclurait la désignation d'une règle unique.

Force est alors de constater que la normalité ne renvoie à aucun modèle précis. Faudrait-il alors comprendre que les standards comme une pure délégation de pouvoir au profit des juges, délégation qui les habilite à trancher les litiges selon leur propre subjectivité ? Une telle norme serait difficilement acceptable dans un État de droit. Elle livrerait les justiciables à l'arbitraire du juge en habilitant ce dernier à trancher les litiges sans lui imposer les règles qui lui permettent de le faire. En outre, la contrainte qui pèse sur le juge de motiver ses décisions, et de rendre celles-ci acceptables, lui interdit de trancher de façon arbitraire les litiges.

362. Standard et équité

Certains conçoivent par ailleurs que le standard permettrait au juge de trancher les litiges en fonction de leur contexte, suivant les règles de l'équité[1141]. Une conception aussi archaïque du point de vue de la théorie juridique ne peut être admise. La rupture avec les conceptions jusnaturalistes est sur ce point consommée dans la théorie du droit contemporaine. La séparation ontologique entre l'être et le devoir être interdit de dériver logiquement une règle de la description de faits (*Règle de Moore*). Le litige ne peut être tranché en fonction des seuls faits, mais par l'application d'un modèle extérieur aux faits eux-mêmes. En d'autres termes, le litige ne peut être tranché que par l'application d'une règle, qu'il nous appartient maintenant de déterminer.

1141. voir E. Pattaro, *Les dimensions éthiques de la notion de standard*, RRJ n° 4-1988, p. 814 qui voit dans le standard le retour des techniques de *l'equity*. Ce point de vue est inacceptable philosophiquement (*il n'y a pas de valeurs dans la nature*) et juridiquement (*le standard livre bien un modèle qui permet d'apprécier la valeur des conduites*).

2. Analyse proposée

363. Organisation d'un litige

La détermination du modèle imposé par les standards juridiques doit partir du constat le plus élémentaire. L'introduction de standards dans l'ordre juridique permet en premier lieu l'ouverture d'un contentieux sur les thèmes susceptibles d'être appréhendés par le standard. Les standards ouvrent la voie aux litiges, légitiment des prétentions, et habilitent le juge à trancher le litige en faveur de celui qui peut en réclamer le bénéfice. Le standard ne mérite, sous cet angle, aucune distinction avec les autres normes.

364. Renvoi à la raison pratique

En second lieu, le standard juridique exige l'apposition d'un prédicat (*juste*, *normal*, *sérieux*, *proportionné*, *urgent*…) à un état de choses. Ce prédicat, cette valeur attribuée aux choses ne renvoie cependant pas à un modèle précis et déterminé d'avance. Il constitue un simple référent sous lequel la situation devra être subsumée. Les règles juridiques ne déterminent pas quand ce qualificatif peut être attribué à la situation. Le propre de ces termes est cependant leur appartenance au langage naturel, et leur emploi semble évident pour tout un chacun. C'est pourquoi l'emploi de ces termes peut être considéré comme un renvoi à l'appréciation par la raison pratique, par le sens commun.

365. Débat sur les raisons d'agir

L'analyse du standard comme norme de renvoi ne peut pourtant être satisfaisante (cf. supra n° 361). La raison pratique n'impose pas en elle-même des modèles de conduite univoques, mais ouvre uniquement la possibilité d'une conviction des tiers sur le caractère plus ou moins bon, juste ou raisonnable d'un acte[1142]. Le propre du standard est alors non seulement de renvoyer à la raison pratique l'appréciation de la légitimité d'un acte, mais de fournir le cadre d'une délibération qui permettra le déploiement du jeu de la conviction. En d'autres termes, le standard fixe un cadre purement argumentatif, qui autorise un débat sur la rationalité pratique de l'action. Il ne fournit pas un modèle de conduite prédéterminé, mais une référence nominale qui définit les contours d'un débat sur la légitimité des actes. Il appartient ensuite aux parties intéressées de mobiliser cette règle[1143], d'engager une discussion sur cette légitimité, et de convaincre le juge du sens donné à la rationalité de l'acte.

Cette conception quelque peu abstraite peut être aisément comprise à l'aide de l'exemple du standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement. La cause réelle et sérieuse ne renvoie *a priori* à aucun modèle de conduite concrète. Il est impossible de dire par avance si tel licenciement est pourvu ou non d'une cause réelle et sérieuse : la norme ne définit pas quels comportements pourront être dits réels et sérieux, et lesquels ne le pourront pas. Par contre, le standard de la cause

---

1142. Cf. Ch. Perelman, TA § 1. Le discours propre à la raison pratique est donc celui qui est étudié par la théorie de l'argumentation et la nouvelle rhétorique. Il se distingue du langage formel, qui fait l'objet de démonstrations univoques, étudié par les sciences « dures ».

1143. Sur la notion de mobilisation des règles juridiques voir A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action,* D. 1993, chr. p. 207, (§ I, C.)

réelle et sérieuse invite les parties à débattre du fait de savoir si la cause peut ainsi être qualifiée. L'un prétendra que la cause est justifiée par des difficultés économiques, l'autre, que ces prétendues difficultés ne constituent qu'une diminution temporaire du chiffre d'affaires[1144]. Il appartient ensuite à chaque partie de convaincre le juge du bien fondé de son interprétation de la situation.

Il est important de souligner que, si les standards ne prédéterminent pas les raisons d'agir des particuliers, ils définissent un champ d'argumentation précis, qui désigne l'objet sur lequel doit porter la conviction du juge.

Il convient maintenant d'appliquer cette conception argumentative des standards juridiques aux normes portant justification

SECTION 2. UNE ANALYSE ARGUMENTATIVE DES STANDARDS DE JUSTIFICATION

366. Appartenance des normes portant justification à la catégorie des standards juridiques

Les normes imposant la justification des mesures de gestion du personnel sont formulées au moyen de standards juridiques.

Elles répondent aux trois critères du standard dégagés par M. Rials[1145] : indétermination normative, délégation du pouvoir d'appréciation au juge, et emploi de termes flous. En ce qui concerne ce dernier point, il est aisé de montrer l'appartenance à la catégorie des standards des normes exigeant la justification des mesures de gestion du personnel. Les référents utilisés par les normes sont tous des termes que les auteurs s'accordent à considérer comme des standards. Ces termes sont le plus souvent des adjectifs. Ainsi, la cause du licenciement doit-elle être « *réelle et sérieuse* », la sanction « *justifiée et proportionnée* », les traitements inégaux, ainsi que le choix des critères d'ordre du licenciement doivent être « *justifiés* ».

Reprenant les éléments de définition du standard juridique, nous montrerons ici les principales conséquences de cette qualification normative. Le standard juridique ne fournit pas un modèle de conduite prédéterminé (§1), mais il précise un champ d'argumentation dans lequel les parties doivent argumenter et convaincre le juge (§2).

§1. L'ABSENCE D'UN MODÈLE DE CONDUITE PRÉDÉTERMINÉE

367. En un seul, plusieurs

Comme tous les standards, les normes imposant la justification des mesures de gestion du personnel se caractérisent par l'indétermination *a priori* des modèles de conduite qu'ils signifient. La référence nominale utilisée permet de considérer des comportements de nature très différents conformes au droit. Les développements qui

1144. Cf. Soc., 6 juill. 1999, , Bull. civ. V, n° 327
1145. Cf. supra n° 358

suivent, sans chercher à dresser une classification exhaustive de la pluralité des modèles, sont destinés à illustrer rapidement la grande diversité des modèles de conduites qu'un même standard peut abriter[1146].

Cette pluralité des modèles peut être constatée dans les décisions individuelles (A), dans les règles et décisions collectives (B), ainsi que dans les questions d'égalité (C).

A. PLURALITÉ ET DÉCISIONS INDIVIDUELLES

368. L'employeur est tenu de justifier deux sortes de décisions individuelles : les licenciements et les sanctions disciplinaires.

1. Le standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement

369. Les trois registres de la cause réelle et sérieuse

En application de l'article L. 122-14-3, tout licenciement doit être pourvu d'une cause réelle et sérieuse, qu'il appartient au juge de contrôler. Ce standard peut servir de modèle d'appréciation pour des conduites très variées de l'employeur. En reprenant la grammaire de la recommandation 119 de l'OIT[1147], il est possible de distinguer trois registres distincts de justification du licenciement : les nécessités organisationnelles de l'entreprise, la conduite, et l'aptitude du salarié.

a)Les besoins organisationnels de l'entreprise

370. Les licenciements justifiés par les besoins organisationnels de l'entreprise regroupent une disparité de motifs qui sont d'abord identifiables de manière négative : ils sont extérieurs à toute considération relative à la personne du salarié. De manière positive, ces motifs ont en commun de se rapporter aux besoins productifs de l'entreprise.

L'application du standard de la cause réelle et sérieuse à ces licenciements ne s'est imposée que tardivement et timidement. Le contrôle des motifs de ces licenciements ne s'est mis en place que grâce à la définition d'un régime propre aux licenciements pour motif économique (α). L'admission de motifs organisationnels autres que les licenciements pour motif économique permet un contrôle moins strict de certains licenciements motivés par les besoins organisationnels de l'entreprise (β).

α) Les licenciements pour motif économique

371. Le refus initial du contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement économique

La catégorie des licenciements pour motif économique a d'abord été élaborée pour faire échapper certains choix du chef d'entreprise au contrôle de l'abus de

1146. pour un essai de typologie des valeurs que ces standards permettent d'héberger, voir infra n° 538 sqq.

1147. Recommandation n° 119, article II (1) Cf. supra n° 113

droit[1148]. Le licenciement économique est par nature celui qui échappe au contrôle judiciaire. L'invocation du caractère *économique* suffit à elle seule à justifier la mesure. Cette question est longtemps restée le bastion du pouvoir patronal. Législateur et magistrats n'ont osé contrôler ce pouvoir que dans une période récente. Le législateur de 1973 n'avait pas souhaité leur appliquer le nouveau régime du licenciement. Le rapporteur, dans la présentation générale du dispositif, faisait valoir que les « *licenciements collectifs d'ordre économique* » relevaient d'un régime différent, inspiré par des préoccupations de garantie de revenu[1149]. Il a précisé que seuls les licenciements pour motif disciplinaire et les licenciements pour inaptitude étaient concernés par la loi, dans un but de protection contre le « *licenciement arbitraire* »[1150]. Le refus de soumettre les licenciements pour motif économique au contrôle de la cause réelle et sérieuse révèle un souci de ne pas porter atteinte aux pouvoirs économiques du chef d'entreprise[1151].

Aussi les licenciements collectifs pour motif économique resteront-ils soumis à un contrôle exercé par l'administration sur ces licenciements en application de l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi.

Le contrôle des licenciements économiques se développa avec l'instauration du contrôle administratif de l'emploi introduit par la loi du 3 janvier 1975. La spécificité de ce contrôle conduisit à exclure tout contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique. La Cour de cassation prit prétexte de la séparation des autorités administratives et judiciaires pour refuser d'effectuer elle-même ce contrôle[1152].

372. Le développement du contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique

La restauration du contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique à la suite de la loi du 30 décembre 1986 aurait dû conduire à un contrôle du caractère réel et sérieux de ces licenciements. La Cour de cassation a cependant montré une grande prudence sur ce terrain. Sans doute la seule évocation de l'exigence d'un motif « *sérieux* » de licenciement pour motif économique a-t-elle effrayé les magistrats, qui ont pu craindre d'être entraînés sur la voie d'un contrôle sur les options de gestion des entreprises, auquel ils s'étaient jusqu'alors refusés.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a semblé négliger les dispositions de l'article L. 122-14-3. En se référant à la définition du licenciement pour motif économique de l'article L. 321-1, elle se contentait d'affirmer que le licenciement « *avait un motif économique* »[1153] ou qu'il en était dépourvu[1154]. La Cour de

1148. Cf. Supra, n°84 sq.

1149. Rapport Bonhomme, Assemblée Nationale, n° 352, Annexe au procès verbal de la séance du 17 mai 1973, p.3.

1150. ibid.

1151. Voir l'exposé de la loi devant l'Assemblée Nationale par le rapporteur, M. J. Bonhomme, séance du 22 mai 1973, J.O. Deb. Parl. N° 32 A.N. du 23 mai 1973, p. 1440 sqq

1152. Voir par exemple Soc., 19 février 1986, Bull. civ. V, n° 13, Soc., 21 janvier 1986, Bull. civ. V, n° 396, Soc., 7 février 1989, Bull. civ. V, n° 98, Soc., 25 avril 1990, Bull. civ. V, n° 191

1153. Voir Soc., 9 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 399 ; Soc 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 511 (licenciements faisant suite à des difficultés économiques de l'entreprise)

1154. Soc., 25 février 1992 Bull. civ. V, n° 121 ; Soc., 1er avril 1992 Bull. civ. V, n° 228 ; Soc 22 avril 1992, Bull. civ. V, n° 294.

cassation se contentait donc de vérifier si le licenciement procédait d'une cause économique, telle que la définit l'article L. 321-1, mais restait silencieuse sur le point de savoir si cette cause devait être sérieuse. On aurait alors pu se demander si la Cour de cassation ne déduisait pas de la cause économique du licenciement son bien-fondé[1155]. L'applicabilité de l'article L. 122-14-3 à ces licenciements ne faisait pourtant pas de doute, et la Cour de cassation n'avait pas hésité à s'y référer pour rappeler les règles gouvernant l'office du juge en matière de licenciement pour motif économique[1156].

La jurisprudence récente de la Cour de cassation montre qu'elle soumet désormais le licenciement économique au contrôle de la cause réelle et sérieuse. Des indices formels d'un tel contrôle figurent dans certains arrêts, qui visent simultanément l'article L. 321-1 et l'article L. 122-14-3 du Code du travail[1157]. D'autres arrêts se réfèrent au fait que le licenciement n'a pas de cause réelle[1158] ou que celle-ci n'est pas sérieuse[1159]. Il semble en outre que la Cour de cassation assimile le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et le licenciement prononcé en l'absence de cause économique[1160].

L'examen de la jurisprudence montre que le contrôle du caractère réel et sérieux des licenciements pour motif économique n'est pas seulement formellement admis par la Cour de cassation. De nombreux arrêts montrent qu'elle exige que le licenciement présente les caractères de réalité et de sérieux exigés par l'article L. 122-14-3. Une telle affirmation peut d'abord être déduite de la jurisprudence sur les licenciements pour réorganisation. La Cour de cassation contrôle étroitement le caractère réel et sérieux des motifs de licenciement en ce cas. Depuis l'arrêt Thomson *Vidéocolor*[1161], la Cour de cassation considère que le licenciement pour réorganisation n'est justifié que s'il est destiné à sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité concerné. Les arrêts montrent que la Cour de cassation ne se limite pas au contrôle de la réalité d'un tel motif lorsqu'il est invoqué : elle vérifie également que celui-ci est suffisamment important pour justifier le licenciement. Elle vérifie par exemple si un investissement, qui a généré des pertes financières, permettait de lutter contre la concurrence subie par l'entreprise[1162]. Ce contrôle est

1155. La formule est empruntée à A. Jeammaud, *La notion de licenciement pour motif économique*, Dr. soc. 1981, p. 275.

1156. Soc., 22 mai 1990, Bull. civ. V, n°142 ; Soc., 17 juin 1992, Bull. civ. V, n° 402

1157. Cf. L'arrêt fondateur de cette nouvelle jurisprudence est l'arrêt Thomson Vidéocolor, Soc., 5 avr. 1995, Bull. civ. V, n° 123, , Dr. soc. 1995 p.482 note P. Waquet, RJS Lefebvre 5/1995 p. 321 Conc. Y. Chauvy ; A. Lyon-Caen, *Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique*, Dr. ouvrier 1995 p. 281

1158. Cf. Soc., 15 décembre 1999, JSL n° 49-50/00, p. 28: « *les difficultés économiques invoquées n'étaient pas réelles* »

1159. Soc., 12 mai 1998, Bull. civ. V, n° 245 : « *les juges du fond, auxquels il appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué, ont estimé* » que les difficultés économiques invoquées n'étaient pas justifiées.

1160. Voir par exemple Soc., 26 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 406 : pour déterminer si le licenciement est pourvu d'une cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel doit rechercher si le licenciement a une cause économique.

1161. Prec note 1157

1162. Cf Soc., 22 octobre 1996, n° 93-43.491 :

également nettement perceptible dans la jurisprudence relative à l'obligation individuelle de reclassement.

La Cour de cassation considère que l'employeur qui procède à un licenciement sans respecter son devoir d'adaptation[1163] et de reclassement[1164] n'a pas de motif économique. N'est-ce pas là reconnaître que la cause alléguée par l'employeur ne pouvait être considérée comme sérieuse à défaut de telles mesures ? Certains l'ont affirmé[1165].

Une hésitation peut toutefois provenir du fait que, pour la Cour de cassation, la source des obligations d'adaptation et de reclassement réside dans la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. Ces obligations ne proviendraient donc pas de l'exigence de justification du licenciement, mais de l'exécution du contrat de travail.

Le fondement donné par la Cour de cassation aux obligations de reclassement et d'adaptation est cependant formel. La référence à la bonne foi pourrait relever d'un simple effet de « mode » à l'égard de cette notion. Sans doute l'idée d'une coopération contractuelle provoque-t-elle moins de susceptibilités que n'en suscite le renforcement du contrôle du pouvoir patronal. L'analyse de l'obligation de reclassement est cependant bien plus cohérente si on l'intègre à la justification du licenciement. L'obligation de reclassement obéit au même régime que l'obligation de justifier les motifs du licenciement. La charge de la preuve de la satisfaction de l'obligation de reclassement incombe à l'employeur[1166]. La sanction de la méconnaissance de cette obligation est par ailleurs celle des licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse[1167].

Il semble donc que le développement de l'obligation de reclassement traduise une volonté de la Cour de cassation de développer un contrôle de la cause réelle et sérieuse du motif économique de licenciement. Ce contrôle permet de renforcer l'analyse des politiques d'emploi de l'entreprise. Un arrêt a ainsi reconnu que l'obligation de reclassement ne pouvait être satisfaite lorsque l'entreprise emploie de manière systématique un nombre important d'intérimaires, sans avoir proposé l'emploi correspondant au salarié[1168].

« *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté les difficultés financières de l'entreprise et que la suppression d'emploi résultant d'un investissement dont elle avait elle-même admis l'opportunité pour lutter contre la concurrence peut constituer une cause économique de licenciement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations* ; »

1163. Soc., 25 février 1992, Bull. civ. V, n° 122 ; Soc., 23 septembre 1992, Bull. civ. V, n° 472

1164. Soc., 8 avril 1992, Bull. civ. V, n° 258

1165. J. E. Ray, *La cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique,* L.S. Mensuel, n° 72, octobre 1992, p. 87

1166. Cf. Soc 17 nov. 1999, n° 97-40.018 : « *il appartient à l'employeur, tenu d'une obligation de reclassement du salarié avant tout licenciement pour motif économique, d'établir que le reclassement dans l'entreprise, et le cas échéant dans le groupe auquel appartient l'entreprise, est impossible* ». Voir déjà Soc., 19 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 564

1167. Cf. Soc., 25 février 1992, prec. ; Soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 453 (« *le licenciement est dépourvu de cause économique* »). La formulation employée est parfois trompeuse : « *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible* » (Soc., 6 juill. 1999, RJS 1999. 767, n° 1237). La sanction demeure, malgré cette formulation rigoureuse, l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Sauf à admettre en ce cas une intervention renforcée du juge des référés, voir supra n° 337 sqq.

1168. Soc., 1er mars 2000, Dr. Soc. 2000, p. 559, obs. J. Savatier

β) Autres causes réelles et sérieuses de nature économique

373. Une catégorie discutable

En pure logique, on devrait considérer que tout licenciement prononcé pour des raisons liées à l'organisation de l'entreprise – ou tout licenciement pour une cause non inhérente à la personne du salarié – est soumis au régime des licenciements pour motif économique.

Le fort développement du contrôle de ce motif de licenciement a cependant conduit récemment le législateur à créer une nouvelle catégorie de licenciement, prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié, mais ne ressortissant pourtant pas du régime des licenciements pour motif économique. L'article L. 212-3 issu de la loi « *Aubry II* » du 19 janvier 2000 dispose : « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail ».* Cette disposition conduit donc à exclure tant la procédure que la justification des licenciements pour motif économique lorsque l'employeur modifie le contrat de travail en application d'un accord de réduction du temps de travail. Outre d'importants problèmes d'interprétation de la portée de ces dispositions[1169], ce texte est critiquable à double titre. En premier lieu, il malmène la cohérence de la construction de notre droit du licenciement. Les importants efforts de rationalisation du droit du licenciement entrepris par la Cour de cassation avaient conduit à considérer que tout licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié devait être soumis au régime des licenciements pour motif économique. Cette distinction entre les motifs inhérents et non inhérents permettait d'ailleurs de conformer le droit du travail français aux catégories suggérées par les normes de l'OIT[1170]. La nouvelle disposition tend à brouiller cette frontière entre les trois catégories de licenciement qui structurent notre droit. L'interprétation ministérielle conforte cette lecture des dispositions en question. Selon la Circulaire du 3 mars 2000, *« les licenciements intervenant à la suite du refus opposé par un ou plusieurs salariés ne reposent (...) ni sur un motif personnel, ni sur un motif économique ; ils constituent des licenciements " sui generis ". »*[1171].

En second lieu, cet affadissement de la distinction entre les motifs économiques et les motifs personnels de licenciement, conduit à une rétractation du contrôle judiciaire du licenciement. L'introduction de ces dispositions a pour seule finalité d'assurer au chef d'entreprise un pouvoir souverain lorsqu'il réduit par un accord collectif la durée du travail. Le projet de loi initial prévoyait d'ailleurs que les licenciements en questions étaient « *réput[és] reposer sur une cause réelle et sérieuse* »[1172]. Dans la rédaction retenue par le législateur, l'article L. 122-14-3 demeure certes applicable. Quel sera cependant le modèle qui servira à apprécier si le licenciement est pourvu d'une cause réelle et sérieuse dès lors que le licenciement

1169. On peut se demander quand l'employeur modifie un contrat « *en application* » d'un accord de réduction du temps de travail.

1170. Voir supra n° 369

1171. Circ., 3 mars 2000, Fiche n° 27, BOMT 2000/6 bis, p.329

1172. Cf. Projet de loi n° 1786, du 28 juillet 1999, article 15

n'a ni une cause personnelle ni une cause économique ? Ces dispositions conduisent à faire prévaloir les dispositions des accords collectifs sur celles des contrats individuels de travail, en amoindrissant les facultés de résistance individuelle des salariés[1173]. Le législateur a renoncé à mettre en question les sources du droit du travail en imposant une soumission du contrat individuel aux volontés collectives, mais le choix d'éroder le contrôle judiciaire du licenciement aboutit au même résultat. L'absence de contrôle véritable de la cause réelle et sérieuse en ce cas n'est pas sans faire penser à l'ancienne jurisprudence relative à la justification des réorganisations productives par l'intérêt de l'entreprise : un contrôle sans portée véritable.

374. Le choix du législateur n'est somme toute pas très différent de celui effectué pour les licenciements pour fin de chantier de l'article L. 321-12 du Code du travail. La seule survenance de la fin du chantier suffit à légitimer la rupture du contrat. Le législateur choisit de limiter le contrôle des justifications en certaines hypothèses, dans le seul but de faciliter l'exercice du pouvoir de direction.

b) Registre tiré de la conduite du salarié

375. Le standard de la cause réelle et sérieuse permet d'apprécier à la fois des comportements fautifs et des comportements non fautifs du salarié.

α) La faute

376. Importance de l'application du standard de la cause réelle et sérieuse à la faute

Le droit jurisprudentiel antérieur à la loi du 13 juillet 1973 conduisait à considérer comme légitime tout licenciement d'un salarié dès lors que l'employeur pouvait invoquer une faute, si vénielle soit-elle[1174]. L'article L. 122-14 3 conduit à exiger que la faute justifiant un licenciement ne soit pas une simple faute légère, mais une faute pouvant être qualifiée de cause réelle et sérieuse. Ce contrôle s'exerce *a fortiori* lorsque l'employeur invoque un motif de licenciement plus sévère : faute grave ou faute lourde.

Des décisions se réfèrent au standard de la cause réelle et sérieuse pour refuser que soit considéré comme légitime le licenciement pour une simple faute légère[1175]. Par ailleurs, la plupart des arrêts relatifs au licenciement pour faute sérieuse visent l'article L. 122-14-3.

Le registre de la faute est donc l'un de ceux qui peuvent être appréhendés par la notion de cause réelle et sérieuse. Ce registre implique, en droit du travail, une certaine appréciation morale sur le salarié et les actes qu'il a pu commettre. Il exige que puisse être reproché au salarié un comportement qu'un salarié « *moyen* »

1173. Cf. sur ce thème, G. Borenfreund, *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires,* Dr. soc. 1990, p. 626

1174. voir supra n° 83

1175. Cf. Soc., 8 avril 1981, D.O. 1982, p. 191

n'aurait pas accompli. La jurisprudence récente exige en outre que les faits reprochés par l'employeur puissent être imputés au salarié[1176].

377. Diversité des fautes sérieuses

L'importance numérique et la multiplicité des cas de licenciement disciplinaire rappellent l'importance prise par la discipline et la menace de rupture du contrat de travail dans les relations subordonnées : la discipline reste au cœur du contrat de travail[1177]. Les arrêts de la Cour de cassation illustrent la grande variété des licenciements disciplinaires.

Nombre d'arrêts considèrent en premier lieu comme pourvus d'une cause réelle et sérieuse de licenciement les ruptures du contrat de travail motivées par une violation des règles de discipline de l'entreprise : non-respect des horaires[1178], violation des règles d'hygiène et de sécurité[1179], actes d'insubordination[1180], inexécution du travail ou exécution défectueuse de celui-ci[1181]. Triste réalité du salariat français, ainsi que des pratiques de gestion du personnel, l'éthylisme est encore souvent une cause de licenciement. La Cour de cassation considère que nombre de ces licenciements ont une nature disciplinaire[1182] D'autres arrêts concernent le vol de biens de l'entreprise[1183], des « *indélicatesses* »[1184] ou encore des comportements violents dans le travail[1185].

1176. Soc., 21 mars 2000, Bull. civ. V, n 113: « *un comportement fautif ne peut résulter que d'un fait imputable au salarié* ». Le salarié ne peut donc être licencié en raison des injures proférées par un membre de sa famille contre l'employeur. Voir de même l'exigence de faits imputables personnellement au salarié en matière de faute grave : Soc., 25 avril 1990, Bull. civ. V, n° 188 ; Soc., 12 janv. 1993, Dr. soc. 1993, p. 187

1177. Sur ce thème : cf. J.M. Béraud, *La discipline dans l'entreprise*, Mel. G. Lyon-Caen, p. 381

1178. Soc., 13 déc. 1994, n° 93-41.643 (retards du salarié. La Cour refuse qu'ils ne constituent une faute grave, faute de perturber la vie de l'entreprise). Des retards ponctuels et de faible durée ne peuvent cependant justifier un licenciement (Soc., 8 juillet 1982, Bull. civ. V, n° 475) cf encore Soc., 22 septembre. 1993, RJS 1993, n° 1078 (pointage irrégulier).

1179. Soc., 14 juin 1995, n° 93-43.659 (refus systématique de porter des équipements de sécurité légitimant un licenciement pour faute grave).

1180. Soc., 17 oct. 1983: Bull. civ. V, n°495 (refus d'exécuter un travail relevant du contrat de travail du salarié)

1181. Soc., 13 juin 1995, CSBP 1995, suppl. au n° 72, p. 22 (refus de collaboration et d'assistance par un responsable informatique) ; Soc., 3 janv. 1980 Bull. civ. V, n° 2 (refus d'obéir aux ordres d'un supérieur hiérarchique) ; Voir également Soc., 31 janv. 1980: Bull. civ. V, n° 99 (comportement de nature à nuire à la réputation d'un notaire ainsi que d'engager sa responsabilité civile à l'égard des clients).

1182. Les arrêts concernent des professions dans lesquels l'ébriété peut être source de danger pour le salarié ou pour les tiers : elle justifie alors un licenciement pour faute grave : cf. Soc., 14 juin 1994, n° 92-43.390 (convoyeur de fonds) ou Soc., 27 mai 1998, n° 97-41.483 (conducteur de poids lourd), Soc., 6 mars 1986, Bull. civ. V, n° 84 (idem.) ; Soc. 2 décembre 2003, Bull. civ. V, n° 304 (cas de suppression du permis de conduire pour éthylisme en dehors du temps de travail justifiant le licenciement). La qualification de faute disciplinaire peut ici être contestée, en raison de la nature médicale de l'alcoolo-dépendance. En outre, il serait préférable d'inciter l'employeur à prévenir ce risque plutôt que de l'autoriser à le sanctionner. La qualification de maladie non professionnelle était peut-être préférable en ce cas.

1183. Le plus souvent considéré comme faute grave : cf. Soc., 31 janvier 1979, Bull. civ. V, n°92 (marchandises emportées sans passer à la caisse ; Soc., 21 juillet 1986, Dr. soc. 1986, note J. Savatier (vol d'une paire de lacets) comp. Soc., 19 mai 1993, CSBP 1993, p. 163 (tablette de chocolat partiellement dévorée dans un supermarché : absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, s'agissant d'un salarié qui n'a fait l'objet d'aucune observation en 20 ans)

Outre la violation des règles de discipline de l'entreprise *stricto sensu*, la Cour de cassation admet les licenciements de salariés pour faute chaque fois qu'un comportement nuisible à l'entreprise peut être reproché au salarié. Tel est le cas des licenciements pour fait de concurrence déloyale[1186]. Il en est de même des licenciements pour négligence professionnelle[1187].

Dans tous ces cas, la Cour accepte que le registre de la faute soit invoqué par l'employeur.

β) Conduites non fautives

378. La Cour de cassation admet également comme cause réelle et sérieuse de licenciement des motifs inhérents à la personne du salarié non fautifs.

Cette catégorie a tendance à s'amenuiser depuis que la Cour de cassation a posé des exigences très strictes au regard de la perte de confiance. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel la perte de confiance « *ne constitue pas en soi un motif de licenciement* »[1188]. Le licenciement doit reposer sur des éléments objectifs. Ainsi que le note M. Pélissier, cette jurisprudence ne prohibe pas totalement la perte de confiance comme cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur peut toujours licencier pour ce motif « *si les événements à l'origine de cette perte de confiance sont établis, imputables au salarié lui-même et de nature à rendre impossible le maintien des relations de travail* »[1189].

Il reste que la jurisprudence n'admet plus que très rarement ce motif de licenciement. La plupart du temps, le licenciement intervient à la suite de faits que l'employeur considère comme fautifs. Ces licenciements entrent donc dans le champ du licenciement disciplinaire. La Cour admet cependant parfois un tel motif[1190], mais la qualification de licenciement disciplinaire eût probablement été plus correcte dans ces arrêts.

1184. Soc., 7 mai 1997, D. 1997.IR, 151 : usage abusif du téléphone, cause réelle et sérieuse de licenciement ; voir aussi Soc., 14 mars 2000, à paraître au Bulletin, D. 2000.IR.105 : prise de paris en utilisant le matériel téléphonique de l'entreprise : faute grave

1185. Soc., 16 mars 1978, Bull. civ. V, n° 199 (agression des dirigeants de l'entreprise, faute grave) ; Soc., 10 avril 1996, n°93-40.193 (menaces de mort contre l'employeur : faute lourde) Absence cependant de cause réelle et sérieuse pour un salarié irréprochable, dont le comportement violent faisait suite à des injures racistes à son encontre : Soc., 7 mai 1998, n° 96-41.559

1186. Soc., 15 nov. 1984: Bull. civ. V, n° 442 ; D. 1985. IR. 383, obs. Y. Serra. De même, Soc., 22 janv. 1985 D. 1985. IR. 383, obs. Y Serra (création d'une société concurrente : faute grave).

1187. Cf par exemple erreur susceptible d'entraîner une atteinte à la santé publique (Soc., 20 mars 1980, Bull. civ. V, n° 276). Voir encore l'admission d'une faute grave pour un mécanicien qui n'a pas fait les vérifications nécessaires consécutives à une réparation d'un moteur d'automobile Soc., 5 mars 1998, RJS 1998, n° 509. La négligence ne peut cependant être reprochée que si elle correspond à une activité entrant dans la qualification contractuelle du salarié Cf.Soc., 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 51

1188. Soc., 29 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 597, D. 1991. 190, note J. Pélissier

1189. J. Pélissier, note prec.

1190. Soc., 4 févr. 1998, n° 95-42.061 : « *la lettre de licenciement ne se borne pas à invoquer une perte de confiance, mais comporte des éléments vérifiables en ce qu'elle reproche au salarié son attitude purement négative qui consiste à contredire publiquement le directeur général sur des sujets importants* », la Cour d'appel a dès lors pu estimer que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse

Subsiste donc essentiellement un motif lié à la conduite du salarié qui n'est ni fautif ni lié à son aptitude : la mésentente. Le fait pour un salarié de ne pas s'accorder avec ses collègues, et d'avoir avec eux des relations difficiles peut constituer un motif de licenciement[1191]. La Cour de cassation semble toutefois restreindre la légitimité de ce motif, comme elle l'a fait pour le licenciement pour perte de confiance. Elle exige dorénavant que le licenciement soit fondé sur des faits « *imputables au salarié* »[1192]. Certains auteurs s'interrogent avec pertinence sur le maintien de cette catégorie juridique[1193].

c) Registre de l'aptitude du salarié

379. Un registre spécifique

La dernière catégorie de motifs de licenciement examinée est celle de l'aptitude du salarié. Ce motif, à l'instar de celui tiré de sa conduite, induit une appréciation d'éléments inhérents à la personne du salarié. Il s'en différencie néanmoins clairement. Il n'implique aucun reproche sur cette conduite, et exclut l'application du registre moral de la faute. Ce motif est intermédiaire entre les motifs personnels et les motifs économiques en ce qu'il implique un jugement sur l'adéquation entre les capacités professionnelles ou personnelles du salarié et les besoins de l'organisation. Le motif réel et sérieux est donc en la matière celui qui permet d'établir une corrélation entre les besoins de l'organisation et l'impossibilité pour le salarié de répondre à ces besoins. Ce motif est d'abord retenu lorsque l'inaptitude du salarié résulte de questions médicales (α). Il est également mis en avant lorsque cette inaptitude a une nature purement professionnelle (β).

α) Inaptitude médicale

380. Inaptitude médicalement constatée

Le licenciement pour maladie est en principe une discrimination prohibée par l'article L. 122-45 du Code du travail. Cet article laisse toutefois la place à un licenciement pour inaptitude médicale dans les conditions fixées aux articles L. 241-10-1 et L. 122-24-4.

La justification du licenciement pour inaptitude médicale est soumise à des règles spécifiques. Le licenciement ne peut être prononcé que consécutivement à une intervention du médecin du travail. Celui-ci est habilité à constater l'inaptitude du salarié, après une étude du poste de l'intéressé, et un double examen du salarié[1194] (), ainsi qu'à proposer des mutations ou transformations de poste. L'article L. 241-10-1 dispose qu'en cas de « *difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail* ». Il faut entendre par là que l'employeur est tenu de se conformer à cette décision, sauf à la

1191. Soc., 9 octobre 1986, D. 1987, p. 3, note G. Lyon-Caen.

1192. Soc., 26 mai 1998, RJS 7/1998 n° 832

1193. M.A. Rotschild-Souriac, observations sous Soc., 28 novembre 1991, D. 1992, somm. p. 289

1194. R. 241-51-1 C. Trav. Sur l'interprétation ferme de ce texte : cf. Soc. 16 juillet 1998, Bull. civ., V, n° 393 et 14 juin 2002, Dr. soc. 2002, p. 912 obs. F. Duquesne : nullité du licenciement opéré à l'issue d'une unique consultation.

contester par la voie d'un contentieux administratif. En l'absence d'une telle contestation, l'employeur est tenu de reclasser le salarié conformément aux indications du médecin du travail. S'il ne peut y donner suite, il est tenu d'en indiquer les motifs par écrit.

On peut déduire de ces textes que le contrôle du caractère réel et sérieux de ces licenciements est particulièrement rigoureux. Il exige l'intervention d'un tiers dans le constat de l'inaptitude. Il impose en outre une obligation de reclassement particulièrement impérieuse[1195].

Le régime des licenciements pour maladie ou accident professionnel obéit sensiblement aux mêmes règles[1196]

381. Licenciement pour la désorganisation engendrée par la maladie du salarié

De manière discutable, la Cour de cassation admet, outre le licenciement pour inaptitude médicale, la possibilité de licencier le salarié en raison de la perturbation qu'engendrent ses absences pour le fonctionnement de l'entreprise. Cette cause de licenciement est considérée comme une cause réelle et sérieuse de licenciement, sans que la Cour de cassation exige spécialement l'application des règles du licenciement pour motif économique ou celles du licenciement pour inaptitude médicalement constatée[1197]. La Cour de cassation a même précisé que les licenciements en question ne sont pas justifiés par l'état de santé du salarié. Elle estime que l'article L. 122-45 « *ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement* »[1198]. Ce raisonnement est discutable[1199]. Le licenciement ne peut être prononcé que par une double appréciation propre à tout jugement d'aptitude : un jugement sur les besoins de l'organisation, et un jugement sur la possibilité pour le salarié de satisfaire ceux-ci. Une telle appréciation requiert un jugement sur la maladie du salarié, afin de savoir si l'état de santé du salarié est appelé à se maintenir, s'améliorer ou s'aggraver. Un avis d'aptitude médicale est requis afin que ce jugement puisse s'effectuer de manière objective.

β) Compétence professionnelle

382. Licenciement pour insuffisance professionnelle

1195. Cf. Soc., 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 322, D. 1999. Somm. 38, obs. J.-F Paulin : l'obligation de reclassement a pour aire le groupe auquel appartient la société, quand bien même l'avis émis par le médecin du travail ne concernerait que l'entreprise.

1196. Cf. article L. 122-32-5 C.Trav. Le licenciement n'est possible que si l'employeur justifie ne pas pouvoir reclasser le salarié. L'employeur doit, en cas de licenciement, verser une indemnité spéciale (L. 122-32-6).

1197. Cf. Soc., 31 mai 1989, RJS 1989, p. 338, n° 571 : le licenciement est possible dès lors que l'absence du salarié exige un remplacement effectif et définitif. Pour une formulation plus récente : cf. Soc., 16 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 394 ; Dr. soc. 1998. 950, obs. A. Mazeaud : le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse dès lors qu'est établie la « *nécessité de pourvoir à son remplacement définitif en raison des perturbations que son absence prolongée apportait au bon fonctionnement de l'entreprise* »

1198. Soc., 16 juill. 1998, prec. note 1197

1199. Cf. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec., n° 355

Le second type de licenciement pour inaptitude résulte d'une appréciation portée sur la manière dont le salarié peut s'acquitter de ses obligations professionnelles. La jurisprudence prend soin de bien distinguer ce motif de licenciement des licenciements disciplinaires[1200]

Bien que la jurisprudence réserve un large pouvoir d'appréciation au chef d'entreprise sur l'aptitude des salariés[1201], elle soumet les licenciements pour insuffisance professionnelle au canon de la cause réelle et sérieuse. Si la Cour de cassation ne l'a pas ouvertement proclamé, elle semble exiger que le jugement de l'employeur se base sur des éléments objectifs. Elle justifie ainsi certaines de ses décisions admettant la cause réelle et sérieuse de licenciement en notant que l'employeur avait organisé un contrôle de connaissance auquel le salarié avait échoué[1202]. De même, la Cour de cassation prend soin de vérifier que l'inaptitude invoquée correspond à la qualification professionnelle du salarié, faute de quoi il ne serait pas sérieux de la lui reprocher[1203]. Elle vérifie également que l'insuffisance ne provient pas d'une déficience qui peut être imputable à l'entreprise elle-même. Cette règle impose deux exigences. En premier lieu, l'employeur ne saurait reprocher l'insuffisance du salarié lorsque celle-ci provient du fait que l'employeur n'a pas adapté le salarié aux évolutions de son emploi[1204]. En second lieu, la Cour de cassation examine si le salarié était investi de responsabilités suffisamment importantes pour que l'insuffisance puisse lui être imputée, faute de quoi l'insuffisance proviendrait d'une organisation défectueuse de l'entreprise[1205].

2. Le standard de l'acte justifié et proportionné

383. Le standard de l'acte justifié et proportionné sert à apprécier tant la validité des sanctions disciplinaires que la légalité des atteintes à la liberté des personnes. L'indétermination de ce standard lui permet de servir d'étalon à une grande diversité de raisons.

1200. Cf par exemple Soc., 7 nov. 1984, Bull. civ. V, n° 416 (procédure disciplinaire inapplicable en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle) ; *a fortiori* cf. Soc., 19 mars 1987, Bull. civ. V, n° 171 (absence de faute grave en présence d'un reproche d'insuffisance professionnelle)

1201. Cf. Supra n° 217

1202. Soc., 27 mai 1998, n° 96-40.871

1203. Soc., 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 51, Dr. soc. 1999. 417, obs. C. Radé « *la cour d'appel a exactement décidé que l'employeur, qui faisait effectuer à la salariée des tâches ne relevant pas de sa qualification et étrangères à l'activité pour laquelle elle avait été embauchée, ne pouvait lui reprocher les erreurs commises dans son travail* »

1204. Soc., 21 oct. 1998, RJS 1998, 888, n° 1454. La rédaction de cet arrêt n'est cependant pas suffisamment vigoureuse pour imposer systématiquement la justification de l'accomplissement de cette obligation d'adaptation.

1205. L'insuffisance professionnelle affecte donc le plus souvent des salariés investis de responsabilités dans l'entreprise : cf. Soc., 10 oct. 1984: D. 1985. IR. 128 (l'employeur connaissait les capacités limitées du salarié) ; Soc., 2 févr. 1978: Bull. civ. V, n° 85 ; D. 1978. IR. 390, obs. Pélissier. (insuffisantes capacités d'organisation pour un chef de service) ; Soc., 19 mars 1991, n° 88-40.895 (directeur des ressources humaines ayant « *rédigé* [un accord collectif] *comportant des erreurs et des lacunes* » : *« le licenciement reposait sur une insuffisance de résultats concrets* »

a)Sanctions disciplinaires

384. Variété des fautes

Trois standards sont utilisés par les magistrats afin d'apprécier si la sanction infligée au salarié est légitime : la faute, le caractère justifié, et le caractère proportionné de la sanction à la faute. Par rapport à l'étalon de la cause réelle et sérieuse de licenciement, le critère de la sanction justifiée et proportionnée à la faute commise permet de couvrir une variété moindre de comportements : le registre est nécessairement circonscrit à l'examen de la conduite du salarié[1206]. Les standards à l'œuvre n'en sont pas moins largement indéterminés, et peuvent servir à l'appréciation d'une grande diversité de comportements.

Le standard de la faute professionnelle permet d'appréhender, ainsi que l'a montré M. Chateauraynaud, une grande diversité de comportements[1207]. La faute peut en premier lieu être invoquée pour sanctionner des comportements qui sont susceptibles de nuire au fonctionnement efficace de l'entreprise[1208]. Cette conception est mise en avant dans la justification des licenciements pour manquement à des règles de fonctionnement de l'entreprise, telles les règles d'hygiène et de sécurité[1209]. Le registre de la faute peut également être invoqué pour sanctionner des manquements à des rapports personnels entre le salarié et l'employeur. Peuvent être inscrits à ce titre les litiges relatifs aux injures ou grossièretés, qui peuvent légitimer le prononcé d'une sanction allant jusqu'au licenciement[1210]. La Cour de cassation prend en compte les conventions en la matière et estime que les injures ne sont pas fautives lorsqu'elles relèvent d'une habitude professionnelle[1211]. La faute peut enfin sanctionner la méconnaissance d'obligations de nature civique. Des propos racistes peuvent ainsi faire l'objet de sanctions[1212].

En bref, le registre de la faute permet d'appréhender une grande diversité de comportements. Il convient de préciser que les exemples cités concernent le licenciement disciplinaire, en raison du faible nombre d'arrêts consacrés à la sanction disciplinaire. La Cour de cassation ne leur applique donc pas directement le canon de la sanction justifiée et proportionnée. Il y a cependant tout lieu de penser que la solution serait identique si la sanction prononcée était moins grave que le licenciement.

1206. Cf supra n° 376

1207. F. Chateauraynaud, *La faute professionnelle, une sociologie des conflits de responsabilité*, Metailié, spec. p. 222 sqq.

1208. Ces « *épreuves industrielle*s » se basent sur un lexique relativement réduit : efficacité, rationalité, technique, prévision… (Cf. Chateauraynaud, prec., p. 223)

1209. Voir par exemple Soc., 4 mars 1998, n° 95-44.690 (méconnaissance des règles de sécurité dans une centrale nucléaire : faute grave)

1210. Soc., 20 juillet 1978, Bull. civ. V, n° 610

1211. Soc., 16 février 1987, Dr. soc. 1987. 357, note J. Savatier

1212. Soc., 25 janvier 1996, Dr. soc. 1995, p. 265« *les propos racistes tenus par l'intéressé, dans l'exercice de ses fonctions, au personnel de l'entreprise constituaient, à eux seuls, une faute grave* »

b) Atteinte aux droits et libertés des personnes

385. Toute mesure susceptible de porter atteinte aux droits et libertés, individuels ou collectifs est dorénavant soumise à un contrôle de proportionnalité et de justification (L. 120 –2 C. trav.). Bien que le faible contentieux généré par cette règle n'en ait pas encore révélé toutes les potentialités, il est possible d'entrevoir que les standards de justification et de proportionnalité seront utilisés de manière suffisamment souple par les magistrats pour laisser s'épanouir une grande diversité de comportements, pourvu que l'employeur soit capable d'en expliquer la rationalité.

Le contentieux sur la justification des atteintes à la liberté de se vêtir des salariés laisse entrevoir la multiplicité des arguments susceptibles de montrer le caractère justifié et proportionné de ces mesures. La jurisprudence a ainsi admis autrefois que le licenciement prononcé en raison de la tenue vestimentaire du salarié pouvait être justifié par différents arguments. Certains arguments peuvent se rapporter à l'efficacité productive de l'entreprise tels que ceux rapportés à la sécurité ou d'hygiène[1213] ou les impératifs commerciaux de l'entreprise[1214]. D'autres font valoir les attentes de la clientèle[1215] de manière plus surprenante des questions de décence[1216].

B. PLURALITÉ ET RÈGLES ET DÉCISIONS COLLECTIVES

386. Standards du simple raisonnable

Les normes qui imposent à l'employeur de justifier une mesure devant les institutions représentatives du personnel (règles négociées, mesures et décisions soumises au contrôle du comité d'entreprise) ont pour particularité de ne pas qualifier le standard qui permet d'évaluer la légitimité des actes patronaux. La logique de ce contrôle impose cependant de comprendre que les décisions de l'employeur sont soumises ici au standard du *simple raisonnable*[1217] : l'employeur doit montrer le caractère raisonnable de la mesure.

Ce standard est des plus larges et autorise le déploiement des argumentations patronales les plus variées. La diversité des arguments employés ne peut en réalité se heurter qu'à l'habileté et au talent du contradicteur, puis à un rapport de force, si l'argumentation ne convainc pas ce dernier. Il faut admettre que ce standard n'est que très peu contraignant pour les directions des entreprises, et que seule l'utilisation quelque peu dévoyée de moyens procéduraux permet de freiner les décisions managériales. L'affaire Renault Vilvoorde en fournit un parfait exemple. Les

1213. Cf. Notamment des impératifs d'identification des salariés par le port d'un badge CA, Paris, 21 déc. 1990, RJS 5/1991, n° 670 ; Sur la possibilité de fouiller les sacs à main des employés dans un contexte d'attentats Soc. 3 avril 2001, Dr. soc. 2001, p. 675 obs. B. Gauriau. Adde sur le contrôle du règlement intérieur Circ. DRT n° 91-17, 10 sept. 1991, BOMT 1991, p. 10, point 5

1214. Saint Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, J. p. 546, note S. Farnocchia

1215. Soc. 6 novembre 2001, Dr. soc. 2002, note J. Savatier ; Soc. 28 mai 2003, prec.

1216. Nancy, 29 novembre 1982, D. 1985, J. p. 354, note Chr. Laployade-Deschamps, confirmé par Soc. 22 juill. 1986, n° 82-43.824 (licenciement justifié d'une salarié venue travailler seins nus sous un chemisier transparent)

1217. voir infra p. 274

représentants du personnel contestaient dans cette affaire la décision de la S.A. Renault de fermer un établissement en Belgique en raison d'une décision de délocalisation de la production. En l'absence de toute possibilité de contester la logique financière à l'œuvre dans cette décision, le contentieux a porté sur les obligations imposées au chef d'entreprise dans la consultation du comité d'entreprise européen[1218].Faute de prévoir un véritable contrôle judiciaire de ces décisions, le contentieux sur ce point ne dépend donc que de l'habileté procédurale des parties.

Force est d'admettre que le contrôle judiciaire de ce standard demeure dans un état embryonnaire. Le contrôle de l'argumentation est pour l'essentiel effectué par les représentants du personnel. Le succès d'un tel contrôle dépend en dernier ressort d'un rapport de force, ainsi que de l'appel à l'opinion publique. Le poids de l'argumentation dans ces questions demeure important: la mobilisation des salariés et de l'opinion sera fonction de l'aptitude des représentants à contester le choix patronal et son caractère raisonnable.

C. PLURALITÉ ET ÉGALITÉ

387. Trois standards

Le droit de l'égalité de traitement soumet à un triple étalon l'appréciation du caractère bien fondé des différences de traitement : celui de la finalité, celui des moyens appropriés et celui de la proportionnalité des moyens employés à la finalité poursuivie[1219]

Ces trois standards ouvrent à l'évidence la voie à des arguments très variés. L'étude des justifications montre cependant un contentieux très peu développé. Le seul corps de jurisprudence en la matière est constitué par le droit communautaire. Ce droit, si précis en ce qui concerne l'exigence de justification est des plus évasifs sur le contrôle de l'argumentation. La Cour de justice renvoie pour l'essentiel l'appréciation du caractère justifié des arguments avancés par l'employeur aux juridictions nationales[1220]. Du contentieux communautaire n'émergent donc que quelques principes, qui permettent d'esquisser les grandes lignes du contrôle de l'argumentation. Il conviendra de garder à l'esprit que la jurisprudence n'illustre que

1218. Cf Versailles, 7 avril 1997 et TGI Nanterre, 4 avril 1997, Dr. soc. 1997. 493, notes M.-A. Moreau et A. Lyon-Caen. Sur les aspects purement procéduraux cf. supra n° 267.

1219. Voir en particulier CJCE 17 octobre 1989, n° 109/1988, *Danfoss*, Rec. p. 3199

1220. Cf. (parmi de nombreux arrêts identiques) CJCE 17 juin 1998, *Hill et Stapleton c/ The Revenue Commissionners,* aff. C-243/95 point 35 ; CJCE 30 mars 2000, aff. C-236/98*, Jämställdhetsombudsmannen c/ Örebro läns landsting*, point 52

partiellement les règles relatives à l'argumentation. Seul le développement d'un contentieux significatif au niveau national permettrait d'en dresser les contours[1221].

388. Diversité des registres d'argumentation

La Cour de justice des Communautés européennes a jusqu'ici livré quelques indices qui montrent la grande diversité des registres d'argumentation que peuvent accueillir les standards qu'elle impose.

En premier lieu, la Cour a admis dans l'arrêt *Enderby* que la situation du marché de l'emploi pouvait justifier une différence de rémunération pratiquée entre les hommes et les femmes. La pénurie de certains candidats pourrait ainsi justifier des différences de rémunération entre des professions dont le travail a une valeur équivalente[1222].

D'autres arrêts ont insisté sur la possibilité pour l'employeur de rémunérer certaines caractéristiques du travail, tels que la force musculaire, la dextérité[1223] ou les horaires de travail[1224]. D'autres décisions admettent des systèmes de rémunération plus individualisés, valorisant l'expérience professionnelle, le mérite, la flexibilité, l'ancienneté ou la formation professionnelle[1225]. D'autres décisions ont retenu la promotion de l'emploi, mais elles concernaient des règles édictées par des États[1226].

Les standards de contrôle des justifications ne prédéterminent donc nullement les conduites des agents, et permettent l'expression d'une grande diversité d'arguments. Il serait pourtant erroné de considérer que ces standards sont *totalement* indéterminés. Les standards de justification autorisent de circonscrire un champ d'argumentation qui délimite un cadre pour les argumentations patronales.

1221. Encore faudrait-il que les juridictions aient la volonté de s'engager dans un véritable contrôle des inégalités de traitement. L'exemple du Royaume-Uni, où existe depuis longtemps un contrôle des justifications en matière de discrimination, la trop grande déférence des magistrats à l'égard du pouvoir patronal, ainsi que la confiance placée dans la régulation marchande des rapports de travail a conduit à vider de sens ce contrôle. Cf. R. Townshend-Smith, *Economic defences to Equal pay claims*, in K.T. Hervey, D. O'Keeffe (dir), *Sex equality law in the European Union,* ed. John Wiley & sons, Chichester, 1996, p. 38

1222. CJCE *Enderby*, prec, point 26. La condition d'une différence de rémunération est cependant la nécessité pour l'employeur d'établir que la totalité de la différence pratiquée peut être imputée à ce facteur

1223. CJCE 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri*, aff. C-400/93 points 39 – 43 ; CJCE 1er juillet 1986, *Rummler*, aff. 235/85, Rec., p. 2101, point 17

1224. CJCE 30 mars 2000, *Jämställdhetsombudsmannen*, prec. point 61

1225. Cf. CJCE 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, Rec. p. 3220 (adaptabilité, formation, qualité du travail) ; CJCE *Nimz* (Ancienneté) ; CJCE 2 octobre 1997, *Gerster*, point 39 (ancienneté)

1226. L'emploi peut légitimer l'établissement de différences de traitement entre des catégories de travailleurs pour un Etat. Cf. Krüger c/ Kreiskrankenhaus Ebersberg, point 27 (justification non admise en l'espèce). Voir également CJCE 9 février 99, C-167/97, *Seymour Smith,* point 76 (la simple affirmation de la promotion de l'emploi n'est pas en soi une justification).

§2. DÉTERMINATION D'UN CHAMP D'ARGUMENTATION

389. Les standards utilisés dans les normes portant justification ne renvoient pas à une simple appréciation subjective des magistrats. Ils définissent un cadre plus ou moins rigoureux dans lequel doivent se déployer les argumentations des parties. Il convient donc de spécifier le sens de chacun des standards utilisés dans ce contrôle.

Le contrôle des justifications combine l'utilisation de notions plus ou moins précisément définies. Les standards de justification se réduisent le plus souvent à des standards du raisonnable (A). Ils sont cependant complétés par un cadre argumentatif plus précis produit par des définitions légales ou jurisprudentielles (B).

A. LES STANDARDS DU RAISONNABLE

390. Rationalité et « raisonnabilité »

De nombreux standards utilisés dans le contrôle des justifications n'ont pas d'autre signification que celle de l'exigence d'une utilisation raisonnable des prérogatives du chef d'entreprise. Ces standards peuvent donc être dénommés *standards du raisonnable*, en traduction du concept anglo-saxon de « *reasonableness* »[1227]. L'appréciation du caractère raisonnable d'un acte ne peut faire l'objet d'une démonstration univoque et rationnelle, conforme à des critères objectifs. Le raisonnement relatif au caractère raisonnable dépend d'une appréciation circonstanciée du contexte dans lequel se déroule un acte, basé sur une pesée des arguments en présence[1228].

Cette appréciation, bien qu'elle ne réponde pas aux canons de l'objectivité propre à la démonstration, n'est pas entièrement subjective. Elle exige l'intervention d'un tiers impartial, dont l'opinion peut être partagée par autrui. La figure de ce tiers peut être diversement représentée. Certains l'imaginent comme un individu moyen, un homme normalement prudent et intelligent, « *l'homme du RER A* »[1229]. D'autres font de cet homme un modèle de vertu, capable de « *prudentia* », de discernement et de prudence aristotélicienne. La version la plus satisfaisante est cependant celle présentée par Perelman d'un *auditoire universel*[1230]. Cette notion renvoie à l'idée d'une personne capable de partager les opinions d'autrui en dehors de tout préjugé social ou philosophique.

Le standard du raisonnable ainsi défini est utilisé par certaines des normes étudiées : le standard de la *cause réelle et sérieuse* (1), celui de la *proportion* (2),

---

1227. Cf. En droit anglais sur la notion de raisonnable dans le droit social britannique, cf. Deakin et Morris, prec. p. 425 sqq. ; En théorie du droit cf. C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, APD, T. 23, 1978, p. 35 ; N. McCormick, *On reasonableness,* in C. Perelman et R. Van Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, prec. p. 132 ; En droit français voir X. Philippe, prec. p. 35 ; G. Kairallah, *Le raisonnable en droit privé français*, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 439

1228. Cf. Sur ce point N. McCormick, prec. p. 152, selon lequel la métaphore de la pesée des arguments, bien que relativement peu satisfaisante d'un point de vue théorique, est celle qui rend le mieux compte du raisonnement opéré en présence d'un standard du raisonnable.

1229. Libre traduction d'une expression anglaise : *« the man of the Clapham omnibus »* utilisé comme canon d'interprétation du raisonnable dans le droit public anglais. Cf. G. Tixier, *La règle de « reasonableness » dans la jurisprudence anglo-américaine*, RDP, 1956, p. 278

1230. Perelman, TA § 3 sqq., sp. §7

ainsi que celui du *simple raisonnable* employé pour la justification des règles et actes collectifs (3).

1. La cause réelle et sérieuse de licenciement

391. Notion de cause réelle et sérieuse : (im)précisions tirées des débats parlementaires

L'exigence d'une cause réelle et sérieuse pour tout licenciement dans la loi du 13 juillet 1973 a constitué l'une des évolutions les plus remarquables du droit social moderne. La faiblesse des débats sur cette notion lors du vote de ces dispositions ne peut que contraster avec son importance. Il a déjà été dit que l'essentiel des débats s'était concentré sur les questions de preuve, de procédure, et de sanction. La question essentielle du contrôle du pouvoir patronal n'a été évoquée qu'incidemment. La notion de « *cause réelle et sérieuse* » n'a fait l'objet que d'observations rapides.

Selon le rapporteur de la loi à l'Assemblée Nationale[1231], la cause réelle est « *à la fois une cause existante et une cause exacte, ce qui implique qu'il ne sera plus loisible à un employeur de licencier un salarié s'il ne donne aucun motif, énonce un motif inexact ou s'il change de motif* ». La notion de « *cause sérieuse* » est encore moins précisément définie. Il conviendrait de distinguer les licenciements pour faute, dans lesquels « *il appartiendra au juge d'apprécier si la faute peut être qualifiée de sérieuse* »[1232] et les licenciements pour inaptitude, pour lesquels le problème sera « *plus délicat encore* »[1233].

Lors du débat à l'Assemblée, le ministre du travail a précisé que *« la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles* ». La cause sérieuse est celle qui présente *« un certain degré de gravité troublant la relation de travail* »[1234]. Il précisera au cours des débats que la cause sérieuse est *« une cause d'une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement* »[1235]. Les précisions apportées lors du vote au Sénat ne seront pas plus étayées. Selon le secrétaire d'Etat au travail, *« les causes doivent être réelles ou* [sic] *sérieuses, c'est-à-dire que l'employeur ne pourra plus licencier un salarié pour convenance personnelle* […]. *Il ne pourra le faire que pour une cause objective, liée à la personne du travailleur ou à la bonne marche de l'entreprise, et cette cause devra être assez grave pour que le licenciement soit justifié* »[1236].

1231. Rapport Bonhomme, Ass. Nat. N° 352, Annexe au procès verbal de la séance du 17 mai 1973, p. 46

1232. sic. p.46

1233. idem. p. 46

1234. Déclaration de M. G. Gorse, ministre du travail, de l'emploi et de la population, Séance du 22 mai 1973, J.O. Deb. Parl. N° 32 A.N. du 23 mai 1973, p. 1445

1235. id. Séance du 29 mai 1973, J.O. Deb. Parl. N° 35 A.N. du 30 mai 1973, p. 1619

1236. Déclaration de M. C. Poncelelet, secrétaire d'Etat au travail, à l'emploi et à la population, Sénat, séance du 20 juin 1973, J.O. Deb. Parl. N° 26 Sénat, du 21 juin 1973

Le législateur a donc fourni peu d'indications sur l'interprétation de ces dispositions. Les nombreuses décisions rendues par les juridictions à leur propos permettent d'en préciser la signification.

392. Cause réelle

Les termes employés par le législateur fournissent des indications précieuses sur la teneur du contrôle de la cause du licenciement.

Le terme « *réalité* » qui sert à qualifier la cause de licenciement peut au premier abord sembler employé à mauvais escient. Quoi de moins « *réel* », au sens véritable du terme, que les motifs qui animent un particulier dans une action ? Si les phénomènes psychologiques peuvent avoir une existence propre, à la rigueur objective, il ne semble pas que cette existence puisse atteindre le rang de la « *réalité* », propre aux phénomènes physiques. L'expression « *cause réelle* » est une contradiction dans les termes mêmes[1237]. Il faut sans doute comprendre que le législateur lui a donné un sens spécifique. Les auteurs se bornent cependant le plus souvent à reprendre les explications livrées au cours des débats législatifs : la réalité désignerait à la fois l'objectivité, l'exactitude, et l'existence de la cause[1238].

En premier lieu, l'exigence d'objectivité conduirait à imposer à l'employeur de ne pouvoir invoquer que des faits « *objectifs* », c'est-à-dire des faits dont l'existence dans le monde sensible peut être prouvée avec certitude. Le salarié a commis tel jour tel fait qui peut être qualifié de faute. La situation financière de l'entreprise établie par des éléments comptables exige de licencier le salarié… De cette exigence d'objectivité, la Cour de cassation a déduit que la perte de confiance ne pouvait constituer en soi un motif de licenciement[1239]. On peut toutefois douter que cette exigence repose véritablement dans l'exigence de *réalité* de la cause de licenciement, tant est longue la période pendant laquelle la Cour de cassation a admis des motifs d'ordre purement subjectifs comme cause réelle et sérieuse de licenciement[1240].

La *réalité* désigne en second lieu une exigence d'exactitude de la cause de licenciement. Il faut ici comprendre que les motifs allégués par l'employeur – spécialement ceux figés dans la lettre de licenciement – doivent être considérés par le juge comme des motifs auxquels peut être imputé le licenciement. Le motif n'est

---

1237. Voir supra n° 133 sur la causalité. Soit celle-ci désigne un lien entre des phénomènes physiques, et cette causalité n'a rien de *réel*, car elle est une construction explicative du monde. Soit elle désigne un lien d'imputation entre des actions humaines : la liaison est ici encore une construction de l'esprit, qui ne peut atteindre un état de « *réalité* ».

1238. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 411

1239. Soc., 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 597 ; D. 1990, J. 190, note J. Pélissier ; Dr. soc. 1992, p. 32, note F. Gaudu

1240. Cf. la jurisprudence antérieure à 1990 relative à la perte de confiance : Soc., 23 juin 1976, Bull. civ. V, n°317 : dès lors « *qu'il n'existe plus entre les deux parties de confiance mutuelle réciproque* », le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse (en l'espèce, divergence de vue sur les fonctions du salarié). De même Soc., 26 juin 1980, D. 1981, Bull. civ. V, n° 573 IR 127 obs. P. Langlois (un différend entre une société et le mari d'une salariée justifie le licenciement de cette dernière pour perte de confiance). Adde sur la mésentente, motif essentiellement subjectif de licenciement : Soc., 22 avril 1977, Dr. soc. 1977, p. 23, note J. Pélissier ; plus récemment voir Soc., 28 novembre 1991, D. 1992, somm. M. A. Souriac.

pas exact lorsque l'employeur licencie le salarié pour un motif économique, alors que le licenciement est fondé sur un motif inhérent à la personne du salarié[1241].

Enfin, la cause réelle renverrait à la cause existante. Les juges sont tenus de vérifier si la cause alléguée par l'employeur a véritablement existé. En matière d'insuffisance de résultat, il doit par exemple être prouvé que le salarié n'a pas atteint le résultat contractuellement fixé[1242]. En présence d'un licenciement économique motivé par des difficultés financières, ces dernières doivent être établies par l'employeur[1243].

393. Cause sérieuse

Le terme de « *cause sérieuse* » renvoie à l'idée que l'employeur doit invoquer un motif qui ne soit pas futile[1244]. Le ministre du travail en a donné une définition : elle est *« une cause d'une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement* »[1245]. La cause sérieuse impose donc le respect d'un principe de proportionnalité : le licenciement ne peut être justifié que si la gravité de l'acte de licenciement est mise en balance avec le fait à l'origine du licenciement. Lorsque ces faits proviennent de la conduite du salarié, celle-ci doit être d'une gravité importante, et risquer de porter préjudice au bon fonctionnement de l'entreprise. Lorsque ces faits sont liés à l'entreprise elle-même, l'exigence de sérieux impose que le licenciement ne soit prononcé qu'à défaut de solution alternative pour l'entreprise. Le licenciement pour motif économique n'est légitime que si l'employeur respecte son obligation de reclassement[1246]

La notion de cause sérieuse est ainsi plus précise que celle de cause réelle et justifie une immixtion des magistrats dans les choix patronaux.

394. Caractère raisonnable du licenciement

A bien y réfléchir, l'expression « *cause réelle et sérieuse* » n'encadre que faiblement le contrôle judiciaire du licenciement. L'expression est somme toute banale en droit[1247]. Elle est utilisée en matière de vente[1248], de bail d'habitation[1249], ou

---

1241. Cf. par exemple Soc., 14 mai 1996, Bull. civ. V, n° 188, Dr. soc. 1996, p. 743, obs. F. Favennec-Hery ; voir aussi Soc., 29 avril 1998, Bull. civ. V, n° 213 ; Soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 276 : obligation pour les juges du fond de vérifier si la cause invoquée par le salarié n'est pas la cause véritable du licenciement.

1242. Soc., 9 juillet 1981, D.O. 1982, p. 184

1243. Soc., 6 juill. 1999, Bull. civ. V, n° 327 (La réduction des bénéfices et la diminution du chiffre d'affaire ne permettent pas d'établir des difficultés économiques)

1244. Etym. : *Seriosus* ou *serius* s'opposent en latin à *jocus* (jeu) : ils désignent d'abord les choses importantes, de grande conséquence, ou qui ne peuvent prêter à rire

1245. prec. note1235

1246. cf. infra n° 411

1247. Cf en ce sens G. Couturier, Tome 1, n° 121

1248. Le prix doit être réel et sérieux, faute de quoi le contrat est frappé d'une nullité absolue. Cf. Civ. 1ère 26 octobre 1959, Bull. civ. I n°434 ; AP 3 juin 1994, Bull. civ. AP n°4. (Adde pour une non application à un contrat aléatoire (cession à forfait) cf. Com. 3 mars 1998, D. 1998, IR, p. 94). Cette exigence est rattachée à la théorie de la cause cf. F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, n°153

1249. Cf. Article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : le congé doit être donné soit afin de reprendre ou de vendre le logement soit pour un « *motif légitime et sérieux* », notamment en cas d'inexécution des obligations contractuelles par le locataire. Cf. sur cette exigence F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, prec. n° 571. La Cour de cassation traduit parfois cette exigence comme celle d'un motif « *réel et sérieux* » : cf. Civ. 3e 3 avril 1997, D. 1997, IR, p. 107

de responsabilité civile[1250]. La signification que lui donnent les juridictions dans ces différentes occurrences varie. Un terme ne peut recevoir signification que dans le contexte dans lequel il est employé. Néanmoins, il convient d'observer que la pluralité des significations conférée par les juges dans ces différentes occurrences montre bien l'importance de la marge d'interprétation qui leur est laissée. La Cour de cassation semble protéger cette marge d'appréciation. Elle a toujours refusé d'énoncer une définition plus précise de la cause réelle et sérieuse, notamment en dissociant les notions de cause réelle et de cause sérieuse. Sans doute, ce refus provient-il d'une volonté de laisser la plus grande marge d'autonomie possible aux juges du fond dans ce contrôle, sans enfermer le débat de manière rigide autour des termes employés par le législateur[1251].

Il semble que les termes de « *cause réelle et sérieuse* » ne rendent pas exactement compte de la démarche du contrôle effectué par les juges. Il serait sans doute plus précis de parler d'un contrôle du caractère raisonnable du licenciement. Sans doute l'objectivité, l'exactitude, l'existence, et la gravité de la cause sont-elles des éléments de ce caractère raisonnable. Nombre d'autres éléments peuvent en outre entrer dans ce contrôle : contrôle de l'imputabilité des faits au salarié lorsque le licenciement est prononcé en raison de sa conduite[1252], absence de caractère discriminatoire du licenciement, interdiction de prendre en compte des éléments liés à la vie privée du salarié ou encore absence de toute solution alternative pour le licenciement.

En dernier ressort, le contrôle de la cause de licenciement peut donc être réduit à un contrôle du caractère raisonnable de cet acte. Le standard de la cause réelle et sérieuse a pour fonction d'ouvrir un espace d'argumentation autour du caractère raisonnable du licenciement. L'efficacité de ce contrôle dépend de l'intensité que les juridictions lui confèrent[1253].

2. Le standard de proportionnalité

395. Notion de proportionnalité

Le standard de proportionnalité est utilisé par les normes relatives au contrôle de la justification des sanctions disciplinaires, qui doivent être justifiées et proportionnées à la faute commise par le salarié (L. 122-43 du Code du travail). Il est également utilisé en matière d'égalité. La jurisprudence issue de la Cour de justice des Communautés européennes exige que la différence de traitement s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Cette formule recouvre l'exigence d'un contrôle de proportionnalité, même si le terme n'est pas employé expressément.

1250. La perte d'une chance doit être réelle et sérieuse pour donner lieu à réparation. Cf. Civ. 2e 1er avril 1965, Bull. civ. II, n° 336 ; Civ. 2e 8 novembre 1971, D. 1972, p.667, note C. Laployade-Descamps ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, n° 283 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations,* n° 671.

1251. Appréciation souveraine des juges du fond du caractère réel et sérieux du pri de vente : civ. 3e, 26 mars 1969, Bull. civ., III, n° 265

1252. Cf. Soc., 26 mai 1998, RJS 7/1998, n° 832 : le licenciement doit reposer sur des éléments imputables au salarié.

1253. Voir infra n° 458

Le standard de proportionnalité n'est pas inconnu des juristes, spécialement en matière de droit public[1254]. Son application en matière de droit privé est plus problématique[1255]. La difficulté réside dans la définition même de cette notion.

La proportionnalité est d'abord un terme de géométrie : il est un rapport entre deux ordres de grandeur. Appliqué en dehors des mathématiques, le terme est employé de manière métaphorique : il désigne un rapport entre deux états de choses, sans que ce rapport puisse être véritablement mesuré. La figure de la proportion, appliquée à de tels états de choses, a une valeur avant tout argumentative : elle tend à montrer que le rapport de grandeur peut être quantifié, et établi avec précision. La figure est donc typiquement ce que Perelman désigne comme une figure quasi logique : sa force de conviction provient de sa ressemblance avec les figures de la démonstration[1256]. Cette force de conviction est utilisée dans des conceptions jusnaturalistes de la proportionnalité. Certains conçoivent qu'appliquer la règle de proportionnalité, conduit à attribuer à chacun sa « *portio* », sa juste part dans la distribution des biens[1257].

La règle de proportionnalité requiert l'établissement d'un rapport logique entre plusieurs états de choses. Ce lien doit être réalisé par application des règles du raisonnement pratique. Plus précisément, il doit être établi un rapport entre une situation, une finalité, et une décision ou en termes plus abstraits, entre une économie, une utilité, et une efficacité[1258]. La proportionnalité ne saurait en ce sens recevoir le sens général et un peu vague d'une recherche d'équilibre dans les rapports contractuels[1259]. Elle constitue un standard d'évaluation et elle emporte un mode d'argumentation particulier.

L'établissement de cette relation est susceptible de multiples degrés, suivant l'intensité du contrôle effectué[1260]. Les règles de l'argumentation dans l'établissement de ce lien varient également fortement en fonction du domaine dans

---

1254. Voir particulièrement X. Philippe, *Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica, 1990 ; adde M. Guibal, *De la proportionnalité,* AJDA, 1978, p. 477 ; J.P. Costa, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA 1988, p. 434 ; M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, numéro du centenaire, 20 juin 1995, p. 156

1255. Cf. Le colloque sur le principe de proportionnalité en droit privé, in Petites affiches n° 117, 30 septembre 1998 : certains auteurs nient la pertinence de la référence à la proportionnalité en droit privé (cf. D. Mazeaud : *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, id. p. 12 « *la réalité de ce principe relève plus, pour l'heure du militantisme doctrinal que de l'examen des normes contractuelles* »). D'autres, retenant une définition beaucoup plus large de la proportionnalité, allant jusqu'à comprendre toute manifestation de justice distributive comme une application de ce principe, ont tendance à lui reconnaître une place centrale dans le droit des contrats (D. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, id. p. 21. Pour une synthèse, voir M. Behar-Touchais, *Rapport introductif* (id. p. 3). Voir par ailleurs S. Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000 et I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001.

1256. La figure de la proportion peut être considérée, au sein des arguments quasi logiques, comme une figure de la mesure : l'idée selon laquelle les termes pourraient être mesurés laisse entendre qu'il est possible *« d'étayer son jugement par une opération de contrôle* » (L'empire rhétorique, p. 90).

1257. Cf. Aristote, *Ethique de Nico*maque, V, IV ; N. Molfessis, prec. p. 21 : « *Sans doute* [la proportionnalité] *constitue-t-elle la voie pour chacun d'obtenir son dû* »

1258. M. Guibal, prec. p. 478 ; X. Philippe, prec. p. 163

1259. Cette acception est retenue dans les travaux de Mmes Pech et Cornesse, prec.

1260. cf. infra n° 458 sqq.

lequel il intervient. Il convient à ce titre de distinguer l'application de ce principe aux questions de discipline et à celles de discrimination.

396. Proportionnalité de la sanction à la faute

L'établissement d'un rapport de proportionnalité entre la faute et la sanction est une exigence propre au mécanisme de la sanction : le mal infligé à autrui n'est acceptable que s'il est en rapport avec la conduite antérieure de la personne. Le principe de la proportion de la sanction au délit est un principe essentiel du droit pénal[1261].

En matière disciplinaire, le principe de la proportion de la sanction à la faute du salarié n'a été introduit que tardivement dans notre droit. Avant 1982, les juridictions limitaient leur contrôle à la vérification de la matérialité des faits reprochés. Refusant tout contrôle de l'opportunité des sanctions, elles n'admettaient le contrôle des motifs des sanctions que pour autant que fût établi un hypothétique détournement du pouvoir disciplinaire de l'employeur[1262]. En réalité, la simple présence d'une faute suffisait à légitimer la sanction : tout contrôle de proportionnalité était exclu[1263]. Le législateur voulut rompre avec cette jurisprudence, et introduisit un contrôle de la proportionnalité de la sanction à la faute. Les termes qui introduisent ce principe de proportionnalité sont cependant mesurés. Le texte ne dispose pas que la sanction doit être proportionnée à la faute commise, mais que le conseil de prud'homme peut annuler une sanction « *disproportionnée* » à la faute commise. Cette formulation fait suite à un vigoureux combat de l'opposition parlementaire de l'époque, qui était soucieuse de préserver l'autonomie du pouvoir sanctionnateur de l'employeur. Elle craignait également qu'un contrôle trop minutieux n'encombrât inutilement les juridictions prud'homales[1264]. Prenant acte de ces arguments, le projet de loi initial ne prévoyait qu'une annulation des sanctions « *manifestement disproportionnées* » à la faute commise. L'expression finalement retenue, intermédiaire entre un strict contrôle de la proportionnalité, et la censure des disproportions manifestes, ne prévoit que l'annulation des sanctions disproportionnées. La nuance n'a pas nécessairement une portée pratique importante.

Le contrôle de proportionnalité conduit donc le juge à examiner si la sanction est disproportionnée ou non à la faute commise. Il donne lieu à une jurisprudence peu fournie, et il est difficile de préciser la manière dont les juges effectuent ce contrôle[1265]. Le contentieux relatif à la procédure disciplinaire semble beaucoup plus développé que celui qui se rapporte à la proportionnalité.

La doctrine et les quelques arrêts rendus sur ces questions en dessinent cependant les contours. Le contrôle de la proportionnalité implique d'établir une relation entre la faute commise et la sanction prononcée. En suivant l'analyse de M.

1261. Voir G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, prec. n° 461, 468 ; P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, n° 48. Pour le contrôle constitutionnel de la proportionnalité en droit pénal cf C. Const., 3 septembre 1986, Décision n° 86-215 DC, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance , RDP 1989, p. 399 obs. Favoreu

1262. cf. J. Pélissier, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, in Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 282

1263. Voir par exemple Soc., 22 février 1968, D. 1969, J. p. 135, note J. Pélissier

1264. Cf JO Deb. Parl. AN., 17 mai 1982, p. 2323

1265. Cf. F. Vénin, *La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié*, Dr. soc. 1990, p. 773

Javillier[1266], il peut être affirmé que l'appréciation de la proportionnalité met en relation trois éléments. La sanction doit d'abord prendre en considération le comportement du salarié, la gravité de l'écart de conduite. La peine revêt ainsi un aspect de « *rétribution* », et cherche à attacher une conséquence à la gravité d'un manquement. Dans un arrêt du 12 février 1987, la Cour de cassation a considéré qu'une mise à pied de deux jours était disproportionnée pour une injure proférée par le salarié, compte tenu des « *rapports habituels de travail* » pratiqués dans l'entreprise[1267]. Cette argumentation montre que la gravité est appréciée en fonction d'un écart de conduite jugé mineur dans le contexte concret des relations entre le salarié et l'entreprise. En second lieu, la sanction doit tenir compte des effets de la mesure pour le salarié. Ainsi que le note Jellinek, « *le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon* »[1268]. Les conséquences attachées au manquement ne doivent pas sembler excessives au regard de la gravité du manquement. Un licenciement disciplinaire pour le vol d'une plaquette de chocolat peut ainsi paraître excessif[1269]. En dernier lieu, l'appréciation doit prendre en compte « *l'adéquation économique de la mesure disciplinaire* »[1270]. En d'autres termes, l'analyse ne doit pas être faite en unique considération du manquement imputé au salarié.. Elle doit porter également sur les conséquences de l'acte fautif pour l'entreprise, et sur l'évaluation de la réparation que lui apporte la sanction. Cette opération exige une pesée entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié. Dans la jurisprudence antérieure à 1993 relative au licenciement pour vol[1271], la Cour de cassation estimait probablement que cet acte était tellement grave qu'il risquait, s'il n'était pas sanctionné de manière exemplaire, de mettre en cause l'autorité du chef d'entreprise. La sanction du licenciement semble cependant excessive au vu du caractère dérisoire du geste du salarié, qui concernait des objets de peu de valeur. L'abandon probable de cette jurisprudence depuis quelques années semble donc conformer les règles du licenciement disciplinaire au principe de proportionnalité.

Le contrôle de la proportionnalité exige donc que le raisonnement fasse apparaître un lien entre la gravité de la faute, la sévérité de la sanction, les atteintes portées à l'intérêt de l'entreprise par la faute, et la réparation que lui apporte la sanction. Cette corrélation est à l'évidence difficile à établir. La Cour de cassation n'a jamais fourni d'indication sur le poids relatif qu'il convenait de conférer à ces différents éléments. La difficulté de l'exercice explique sans doute la grande autonomie que reconnaît la Cour de cassation aux juges du fond en la matière[1272]. La complexité du contrôle de la proportionnalité est sans doute inhérente à cette technique. Elle n'est pas moindre dans le droit de l'égalité professionnelle.

397. Proportionnalité et traitements inégaux

1266. J.C. Javillier, *L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire*, Dr. soc. 1983, p. 541

1267. Soc., 12 févr. 1987, D. 1988. Somm., p. 98, obs. J. Pélissier

1268. W. Jellinek, cité en exergue de la thèse de X. Philippe, prec.

1269. Soc., 19 mai 1993 cité supra note 1183

1270. J. C. Javillier, id., loc. cit.

1271. voir supra n° 377

1272. Cf. infra n° 455

Les règles de fond relatives à la justification des différences de traitement *prima facie* sont peu étayées dans le droit communautaire. La Cour de justice renvoie cette question à l'appréciation des juridictions nationales[1273]. Elle a cependant livré les grands traits que doit présenter le contrôle de cette justification. Selon elle, la justification de la différence de traitement exige que la juridiction nationale constate la réunion de trois éléments. Elle indique que « *les moyens choisis pour atteindre cet objectif répondent à un véritable besoin de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif en question et sont nécessaires à cet effet* »[1274].

En premier lieu, le contrôle porte sur les objectifs poursuivis par le chef d'entreprise lorsqu'il a établi une différence de traitement. De la légitimité de cette finalité, la Cour n'exige aucun contrôle. Elle semble uniquement demander que l'employeur poursuive un but quelconque, pourvu qu'il ne soit pas discriminatoire. Il est cependant important de souligner que la Cour requiert la poursuite d'une finalité, ce qui nécessite que le chef d'entreprise ait volontairement opéré une différence de traitement. Cette exigence conduit indirectement à imposer aux chefs d'entreprise de prendre en considération l'effet de leurs décisions en matière d'égalité dans chacun de leur choix.[1275]. Si la différence est fortuite ou ne résulte d'aucune politique claire, la Cour de justice estime que le traitement est discriminatoire[1276]. Les différences de traitement *prima facie* doivent donc être justifiées par la poursuite d'une politique claire, faute de quoi elles ne peuvent être admises. La formulation équivoque de l'arrêt *Bilka* peut cependant laisser entendre que la finalité poursuivie par l'entreprise doit répondre à un « *véritable besoin* » de celle-ci[1277]. Faute de développements plus précis sur ce que recouvre un tel besoin, cette exigence ne porte pas de véritable contenu normatif. Elle s'apparente à la référence faite dans le droit français à « *l'intérêt de l'entreprise* » : est un besoin de l'entreprise ce que le chef d'entreprise désigne comme tel. Les directives récentes relatives aux discriminations ne prévoient pas d'expliciter cette exigence. Ils confirment cependant que les juridictions ont vocation à contrôler la *légitimité* des objectifs poursuivis par l'entreprise[1278]. On ne peut que souhaiter que l'inscription de

1273. CJCE *Bilka*, prec., n° 36

1274. id, n° 37 : « *...aux termes de l'article 119, une société de grands magasins peut justifier l'adoption d'une politique salariale comportant l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise, indépendamment de leur sexe, en faisant valoir qu'elle vise à employer le moins possible de travailleurs de ce type, lorsqu'il est constaté que les moyens choisis pour atteindre cet objectif répondent à un véritable besoin de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif en question et sont nécessaires à cet effet* »

1275. Cf. R. Townshend-Smith, *Economic defences to equal pay claims*, prec., p.42

1276. Voir en particulier l'arrêt *Danfoss*, prec. n° 11

1277. CJCE *Bilka*, prec. loc. cit. Cette interprétation doit être sujette à caution, car l'analyse en termes de *besoins* de l'entreprise ne se rapporte pas, dans l'arrêt, à la *finalité* poursuivie, mais aux *moyens* utilisés par l'entreprise. Il nous semble cependant illogique d'affirmer qu'un moyen réponde à un « *besoin de l'entreprise* ». Il semble plus correct d'énoncer que les *moyens* doivent correspondre à une *finalité*, laquelle doit être conforme aux « *véritables besoins de l'entreprise*.

1278. Selon la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la justification des discriminations indirectes exige que la différence de traitement soit justifiée par *« un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires* » (article 2-2 (b)). En matière raciale, la Directive n° 2000/43 prévoit de même que les différences doivent être justifiées « *par un objectif légitime étranger à la race ou à l'origine ethnique d'une personne ou d'un groupe de personnes et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires* » (article 2-2 (b)).

cette exigence dans une Directive incitera la Cour de justice à fournir des indications sur ce qui doit être compris comme un objectif légitime.

Le contrôle porte ensuite sur les moyens d'atteindre l'objectif ainsi défini. Ils doivent en premier lieu être aptes à atteindre l'objectif poursuivi. Les juridictions doivent se demander si des rémunérations plus élevées sont susceptibles d'attirer des candidats[1279], si des systèmes de rémunération flexible permettent de rémunérer la souplesse dans l'organisation du temps de travail des salariés ou si la rémunération à l'ancienneté permet de récompenser l'expérience acquise par les salariés[1280]. En revanche, la Cour de justice a estimé que des systèmes de rémunération favorisant la souplesse dans l'organisation du temps de travail n'étaient pas employés à bon escient s'ils étaient destinés à favoriser la qualité du travail des salariés, les deux facteurs étant sans rapport l'un avec l'autre[1281].

En dernier lieu, les moyens utilisés doivent non seulement être aptes à atteindre le but, mais nécessaires à cet effet. La formulation révèle ainsi un contrôle approfondi des choix patronaux. Cette exigence montre que la proportionnalité en droit du travail peut prendre des formes comparables à celles connues dans le droit public[1282]. Ce contrôle de la proportionnalité conduit à rechercher si les moyens employés sont les mieux adaptés afin d'atteindre le but visé. Il est donc nettement plus exigeant que le contrôle de la disproportion exercé sur les sanctions disciplinaires. La Cour de justice a tracé les grandes lignes du contrôle que doivent exercer en la matière les juridictions nationales, sans toutefois fournir d'exemple concret des arguments que peuvent développer les entrepreneurs sur ces questions. Dans l'arrêt *Enderby*, la Cour a par exemple précisé qu'il ne suffisait pas pour l'employeur d'invoquer les exigences du marché afin d'attribuer une rémunération supérieure à certains salariés. Encore lui incombe-t-il de déterminer dans quelle mesure les forces du marché imposent une telle majoration[1283]. De même, si l'employeur entend privilégier le critère de la formation, il devra montrer en quoi cette formation est nécessaire pour exécuter la tâche spécifique confiée au salarié[1284]. La Cour a cependant précisé que l'employeur pouvait privilégier l'ancienneté des salariés pour des questions d'efficacité sans avoir à établir l'importance de l'expérience requise pour exécuter les tâches du salarié. Elle considère que l'ancienneté et l'expérience vont de pair. Cette dernière permet de mieux s'acquitter de ses prestations[1285].

3. Standards du simple raisonnable

398. L'acte « justifié »

Les règles ne déterminent parfois pas autrement le champ de l'argumentation que par la référence à la nécessité de *justifier* la décision patronale. Il faut en ce cas

1279. CJCE *Enderby*, *prec.* point 26

1280. CJCE *Danfoss*, prec. point 21

1281. CJCE *Danfoss*, prec., n° 20

1282. Selon X. Philippe, prec. p. 183, le contrôle de la nécessité de l'acte « *symbolise le contrôle de la proportionnalité dans son acception la plus pure* ».

1283. CJCE *Enderby*, prec., n° 27

1284. CJCE *Danfoss*, prec., n°23

1285. id. n° 24

comprendre que le droit exige simplement que l'acte puisse être jugé conforme aux règles de la raison pratique. Ce critère concerne tantôt des actes collectifs, tantôt des décisions individuelles.

399. Actes collectifs

Dans le domaine des relations collectives, l'exigence de justification ne précise pas quelle qualité doivent présenter les mobiles de l'employeur. Les règles se limitent à exiger de l'employeur qu'il justifie ses choix devant les représentants du personnel[1286]. Elles autorisent en outre un contrôle judiciaire du caractère raisonnable des actes qu'il prend. Pourrait-on imaginer que l'employeur ait véritablement justifié le choix effectué si les raisons qu'il avance sont inconsistantes, incohérentes ou illogiques ? La formulation des normes – notamment sur la consultation du comité d'entreprise – autorise un contentieux sur la qualité des raisons qu'avance le chef d'entreprise. Les termes de la loi n'impliquent cependant pas un contrôle approfondi. En exigeant seulement que l'acte soit « *justifié* », le législateur n'a pas qualifié les motifs qui devaient animer le chef d'entreprise. Le standard de contrôle est donc celui du seul caractère raisonnable : il s'agit uniquement de vérifier si l'acte en question n'est pas contraire aux règles de la raison. Selon Perelman, la possibilité d'un tel contrôle est inhérente à toute reconnaissance d'un pouvoir : celui-ci n'est admissible que si peuvent être censurés les actes déraisonnables[1287].

Il est vrai que la jurisprudence ne fournit cependant nul exemple d'un tel contrôle : celui-ci se concentre sur le respect de l'exigence de justification. Il est pourtant de l'essence de cet impératif, et est pleinement autorisé par les règles en vigueur.

Sans doute faut-il comprendre que l'intervention du juge n'est pas l'aspect le plus important dans les règles relatives au contrôle des justifications dans l'ordre collectif. Les règles juridiques, si elles ont vocation à servir de modèle dans un contentieux judiciaire, revêtent une utilité qui va bien au-delà du domaine du contentieux. Les règles sur le contrôle des justifications dans les questions collectives ont vocation à être mobilisées et utilisées par les représentants du personnel. Le standard du raisonnable porté par la règle de droit ne peut manquer d'être invoqué par les représentants du personnel, lorsqu'ils s'opposent à une décision du chef d'entreprise. Le contrôle du caractère raisonnable des actes est donc effectué par les représentants du personnel.

400. Décisions individuelles

Le critère de l'acte justifié est également à l'œuvre dans les règles relatives au contrôle judiciaire des sanctions disciplinaires (article L. 122-43) et dans le contrôle des décisions attentatoires aux droits et libertés des salariés (article L. 120-2).

Le contrôle du caractère injustifié des sanctions exige à un examen du caractère raisonnable des mesures prises par le chef d'entreprise. Ce contrôle, préliminaire à celui de la proportionnalité, conduit à exiger le respect de règles élémentaires en la matière. En premier lieu, il n'est de sanction admissible que si les faits en question sont imputables au salarié. A défaut, le registre de la faute ne saurait être invoqué.

1286. Cf. Supra n° 110 sqq.

1287. C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit,* APD 1978*,* p.35

Le contrôle s'exerce en second lieu sur la qualification de faute. Selon Mme Venin, il serait plus ou moins étayé suivant la nature des règles violées. Le contrôle ne serait que restreint lorsque la règle violée est inscrite dans le règlement intérieur, mais serait plus étayé pour un manquement à des règles de discipline ou d'organisation non formalisées[1288]. Le juge devrait ici non seulement constater un manquement, mais contrôler le contenu des exigences posées par le chef d'entreprise, et constater si le manquement peut être qualifié de faute. Ainsi, dans un cas d'injure, devrait-il vérifier si celles-ci correspondent à un comportement que n'aurait pas eu un salarié moyen, compte tenu des modalités concrètes des relations de travail dans l'entreprise[1289].

B. … COMPLÉTÉS PAR DES DÉFINITIONS PLUS PRÉCISES

401. Les règles sur le contrôle des justifications ne se limitent pas un standard déterminant un champ argumentatif. Le droit impose des modèles plus précis, qui fixent avec plus de rigueur le cadre de l'argumentation. Sont particulièrement à remarquer à ce titre les définitions légales ou jurisprudentielles qui complètent les standards du raisonnable.

Les définitions ont dans le droit une grande importance[1290]. Elles permettent en premier lieu de préciser le sens, de dissiper le caractère équivoque des termes du langage du droit. Particulièrement importantes sont à ce titre les définitions posées par la loi ou encore celles que proposent les juridictions. Les définitions n'ont pas qu'un rôle sémantique. Elles ont une fonction normative essentielle. Lorsqu'une norme énonce une définition, elle délimite les comportements permis et interdits : la définition participe pleinement à la production du modèle de conduite. Il est clair que la fonction de la définition de la cause économique de licenciement ne permet pas seulement de préciser quels sont les licenciements qui sont considérés comme des licenciements pour motif économique. Elle permet également de préciser, au sein de ces derniers, lesquels ont une cause légitime, et lesquels en sont dépourvus.

La définition est importante pour le contrôle judiciaire de la cause économique de licenciement (1), et de la gradation des fautes (2).

1. Définition de la cause économique de licenciement

402. Importance de la définition au regard de la cause qualificative et de la cause justificative

Au sein des motifs de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, la catégorie des licenciements économiques s'est distinguée depuis longtemps. La première fonction a d'abord été de garantir à l'employeur une liberté d'action lorsqu'il se basait sur un tel motif. La responsabilité de l'employeur dans la gestion de l'entreprise légitimait une entière liberté dans l'ordre économique. Des réformes

---

1288. F. Vennin, *La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié*, prec., Dr. soc. 1990, p. 773

1289. Soc., 12 févr. 1987 prec., note 1267

1290. Cf. G. Cornu, *Les définitions dans la loi*, Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 77 ; adde du même auteur, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 8e ed., 1997, n°212 ; Préface du *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000.

successives ont progressivement imposé à l'employeur de respecter des obligations spécifiques en la matière. La cause économique est ainsi devenue, selon les termes de M. Pélissier, une *cause qualificative*[1291]. La cause économique de licenciement a conservé cette unique fonction de cause qualificative, tant que la distinction entre cause personnelle et cause économique de licenciement servait en réalité à distinguer deux ordres de contrôle : le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif personnel, et le contrôle administratif des licenciements pour motif économique. La restauration de l'entier contrôle judiciaire sur les licenciements pour motifs économiques a requis de définir plus précisément le motif économique de licenciement. Cette exigence était nécessaire non seulement afin de distinguer quels licenciements sont soumis aux règles spécifiques du licenciement pour motif économique (cause qualificative), mais encore afin de préciser la signification de la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique (cause justificative). La définition de l'article L. 321-1 du Code du travail répond à cette double exigence. Essentielle d'un point de vue théorique, la distinction entre cause qualificative et cause justificative ne semble pas être utilisée en pratique par les juridictions. La Cour de cassation utilise indifféremment la définition de l'article L. 321-1, soit pour affirmer que le licenciement n'a pas de cause économique, soit pour énoncer que le licenciement, prononcé pour un motif économique, est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il faut reconnaître en outre que les deux qualifications de licenciement dépourvu de motif économique et de licenciement pour motif économique dépourvu de cause réelle et sérieuse sont strictement synonymes : le raisonnement exigé est le même pour appliquer ces qualifications, et la sanction est identique[1292].

La définition de la cause économique de licenciement remplit cette double fonction de qualification et d'étalon d'évaluation de la légitimité du motif.

Il était délicat pour le législateur de 1989 de préciser quels licenciements ont un motif économique, ainsi que de déterminer quand un tel licenciement est légitime. Le travail de définition réalisé est exemplaire. Il livre les clés du contrôle judiciaire du motif économique. Il est vrai que cette définition est au premier abord difficile à comprendre, car elle combine différents niveaux d'analyse : le caractère non inhérent à la personne du salarié de la mesure, une décision affectant l'emploi et une raison économique[1293]. La jurisprudence a ajouté à cette définition un quatrième élément : l'obligation de reclassement.

1291. J. Pélissier, *La cause économique du licenciement,* RJS 8-9/92, p.527

1292. La différence réside essentiellement dans le contrôle opéré par la Cour de cassation. Voir infra n° 453

1293. Article L. 321-1 alinéa 1er du Code du travail : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.* »

a)Une directive générale : le licenciement doit être non inhérent à la personne du salarié

403. Question d'imputation

De manière générale, le législateur a défini le licenciement pour motif économique comme un licenciement pour un *motif non inhérent à la personne du salarié*. Cette directive générale négative de contrôle impose au juge de rechercher quelle a été la cause exacte du licenciement, et de déterminer si celle-ci ne résulte pas de considérations personnelles. Si le licenciement est lié soit à la conduite du salarié, soit à l'une de ses qualités personnelles, le licenciement n'a pas de cause économique.

La difficulté de ce contrôle réside dans le fait qu'il est délicat d'imputer le licenciement à une cause lorsque coexistent des éléments de nature personnelle et des éléments de nature économique. Deux exemples illustrent ces difficultés. Dans un arrêt du 11 juillet 1994, la Cour de cassation a considéré que ne procédait pas d'un motif économique le licenciement d'un salarié (maître d'hôtel) consécutif à la transformation d'un restaurant de cuisine traditionnelle en un restaurant libanais. L'employeur avait invoqué l'absence de culture orientale du salarié[1294]. La Cour a écarté la qualification de licenciement pour motif économique, alors que coexistaient une cause personnelle (la culture du salarié), et une cause économique (changement des conditions d'exploitation de l'entreprise). Une autre difficulté de cette qualification est illustrée par le cas des licenciements consécutifs aux difficultés d'adaptation des salariés aux évolutions de l'organisation. La Cour de cassation estime que possède un motif économique le licenciement d'un salarié dont l'emploi a été transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise, dès lors que le salarié n'avait pu « *s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à cet emploi, ni aux autres postes qui lui avaient été proposés* »[1295].

L'imputation du licenciement à une cause économique ou à une cause personnelle dépend de la cause première et déterminante du licenciement[1296]. Il convient de s'attacher à la cause première dans l'ordre chronologique, ainsi qu'à la cause prépondérante du licenciement[1297]. Il semble que la Cour de cassation attache davantage d'importance au critère causal qu'au critère temporel. L'appréciation est ici fonction du contexte, ainsi que de la manière dont l'employeur a énoncé le motif dans la lettre de licenciement.

La jurisprudence relative aux critères d'ordre du licenciement confirme cette lecture de l'article L. 321-1. Lorsque l'employeur licencie un salarié en méconnaissance des règles relatives aux critères d'ordre de licenciement, coexistent des éléments de nature personnelle et des éléments de nature économique. Le choix du salarié est basé sur des éléments qui lui sont propres, mais le licenciement a pour

---

1294. Soc., 11 juillet 1994, n° 3225 D, cité in Jurisprudence Sociale, Supplément au n° 62, Les licenciements pour motif économique, (cinq années de jurisprudence), p. 7. La Cour estime que « *l'absence de culture orientale des salariés, élément inhérent à leur personne, avait été le motif essentiel de leur licenciement* ». La Cour d'appel pouvait dès lors estimer que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

1295. Soc., 15 octobre 1992, Bull. civ. V, n° 513

1296. Cf. Soc., 10 octobre 1990, CSBP 1993, 13, A13

1297. Cf. J. Pélissier, prec., RJS 1992, p. 528

origine la suppression d'un emploi. En ce cas, la Cour de cassation semble considérer que le licenciement peut être imputé à une cause économique, prépondérante dans la décision de licencier le salarié. Elle refuse de considérer le licenciement dépourvu d'une cause réelle et sérieuse[1298]. Cette interprétation peut parfois être discutée. La méconnaissance des règles relatives à la sélection des salariés dans le licenciement conduit à licencier le salarié pour des motifs qui lui sont inhérents.

b) Une décision relative à l'emploi dans l'entreprise

404. La définition de l'article L. 321-1 exige en second lieu que le licenciement résulte « *d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail* ». L'expression manque quelque peu de précision, notamment en ce qu'il est impossible de distinguer la suppression d'emploi, sa transformation, et la modification « *substantielle* » du contrat de travail[1299].

La large formulation de la définition légale laisse entendre que les règles relatives au licenciement pour motif économique s'appliquent chaque fois qu'un employeur prend une décision qui affecte l'emploi d'un salarié, que celle-ci conduise à sa suppression ou à sa simple modification. Elle permet d'inclure les licenciements consécutifs au refus d'une modification du contrat de travail pour une question économique parmi les licenciements pour motif économique[1300].

L'appréciation de la réalité de la suppression d'emploi requiert d'examiner la situation de l'entreprise avant et après le départ du salarié. Sans jamais définir la notion de suppression d'emploi, la Cour de cassation a livré un ensemble d'indices qui permettent de déterminer si un emploi est supprimé ou non. Il n'est pas nécessaire, en premier lieu que l'effectif de l'entreprise diminue pour que l'emploi du salarié soit supprimé. La jurisprudence admet le remplacement du salarié par un collaborateur bénévole constitue une suppression d'emploi[1301]. Il n'est pas non plus requis que les tâches effectuées par le salarié dans l'entreprise disparaissent. La Cour de cassation reconnaît que le licenciement est pourvu d'un motif économique lorsque les tâches effectuées par le salarié sont réparties entre plusieurs salariés de l'entreprise[1302]. Il en est de même lorsque l'employeur procède à des regroupements d'emploi[1303]. Par contre, la Cour de cassation considère que l'emploi n'est pas supprimé lorsqu'il apparaît que le poste du salarié est occupé par un nouvel

1298. Cf. Soc., 20 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 20 ; D. 1999, J. p. 376, note Bonnin

1299. De nombreux auteurs opèrent une distinction entre la suppression d'emploi, par laquelle les tâches confiées au salarié disparaîtraient ou seraient réparties entre les salariés, la transformation d'emploi, par laquelle évolueraient les tâches confiées au salarié, notamment par évolution technologique, et le licenciement consécutif au refus d'une modification contractuelle dans laquelle l'aune ne serait plus l'emploi mais le contrat de travail du salarié. Cf. P. Waquet, *La cause économique du licenciement*, Dr. soc. 2000, p. 172. Ces distinctions ne résistent pas à un examen critique : en quoi l'emploi se distingue-t-il du contrat de travail ? En quoi une suppression se distingue-t-elle d'une transformation d'emploi ? Ces termes ne sont pas suffisamment précis pour être vraiment distingués.

1300. F. Gaudu, *Commentaire de la loi n°89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion,* ALD 1990, p.6, n°22

1301. Soc., 7 octobre 1992, Bull. civ. V, n° 502 ; 20 janvier 1998, RJS 3/98, n° 288

1302. Soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 155, Dr. soc. 1993, p. 678

1303. Soc., 22 mars 1995, Bull. civ. V, n° 104

embauché[1304]. Il en est de même l'employeur recourt à des salariés intérimaires ou bénéficiant d'un contrat à durée déterminée pour effectuer sa tâche[1305]. Il faut enfin prendre en compte l'incidence des règles sur les critères d'ordre du licenciement sur la qualification de suppression d'emploi. La Cour de cassation admet que l'emploi est effectivement supprimé encore que le salarié ait été remplacé sur son poste par un collègue en raison de l'application des critères d'ordre du licenciement[1306].

Contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, la notion de « *suppression d'emploi* » n'est donc pas une donnée purement objective. Elle combine des éléments de nature objective (persistance ou non des tâches du salarié, de son poste de travail), et des éléments de nature subjective (caractère légitime ou non du remplacement du salarié par telle catégorie de salariés).

La suppression d'emploi n'est donc nullement une donnée objective, mais une construction qui suppose une certaine appréciation sur la légitimité du comportement de l'employeur.

c) La raison économique

405. Pour revêtir un caractère économique, la suppression d'emploi doit être « *consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». La technique de contrôle complète ici la définition par la technique de l'énumération. La liste, introduite par l'adverbe *notamment*, semble simplement énonciative : elle ne paraît qu'indiquer des exemples de situations économiques pouvant justifier un tel licenciement. L'interprétation juridisprudentielle de ce texte permet cependant de cerner les raisons économiques de licenciement que la Cour de cassation considère comme légitimes. Celle-ci a cristallisé trois raisons économiques de licenciement susceptibles de justifier un licenciement. La question est aujourd'hui débattue de la reconnaissance de nouvelles raisons économiques.

α) La trilogie des raisons économiques

406. L'interprétation de l'article L. 321-1 par la Cour de cassation a permis de reconnaître la prééminence de trois motifs économiques de licenciement : les difficultés économiques, les mutations technologiques et les réorganisations productives.

407. Difficultés économiques

La raison économique la plus convaincante pour justifier un licenciement réside sans doute dans les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise. La Cour de cassation a pris le soin de préciser cette notion de difficultés économiques. Elle distingue le licenciement pour *faire des économies* et le licenciement pour *motif économique*. Le licenciement d'économie n'a pas de motif légitime[1307]. Il ne suffit pas non plus que la société connaisse une simple dégradation de son chiffre

1304. Soc., 22 février 1995, Bull. civ. V, n° 67
1305. Soc., 1er décembre 1993, RJS 1/94, n° 13 ; Soc., 12 février 1997, Bull. civ. V, n° 58
1306. Soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, n° 216 ; Soc., 13 juin 1996, Bull. civ. V, n° 237
1307. Soc., 24 avril 1990, Bull. civ. V, n° 182 ; Soc., 7 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 405

d'affaires[1308]. Pour être caractérisées, les difficultés économiques requièrent que soient établies des pertes financières[1309], à tout le moins une dégradation de la santé financière de l'entreprise laissant prévoir de telles pertes[1310]. Cette situation est appréciée au niveau de l'entreprise ou, lorsque celle-ci appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité concerné[1311].

408. Mutations technologiques

Des mutations technologiques peuvent justifier le licenciement pour motif économique, même en l'absence de difficultés économiques[1312]. La Cour de cassation n'a cependant pas fourni de directives relatives à l'interprétation de cette notion. Elle ne semble pas faire l'objet d'un contentieux abondant[1313].

409. Réorganisations productives

La Cour de cassation a isolé une troisième catégorie de cause économique de licenciement : la réorganisation. Elle a dans un premier temps estimé que les licenciements pour motif économique devaient être justifiés par *l'intérêt de l'entreprise*[1314]. Elle a précisé depuis 1995 que ces licenciements devaient être justifiés par des considérations de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise[1315]. L'expression a été choisie avec soin par la Cour de cassation, et exprime très clairement le haut degré d'exigence qu'elle pose ici. Le terme de *compétitivité* impose en premier lieu une appréciation concrète de la situation de l'entreprise par rapport à celle de ses concurrents. La situation économique et financière doit être sensiblement inférieure à celle des concurrents, de telle sorte qu'un acte de gestion ordinaire n'est pas susceptible d'y remédier. Le terme de sauvegarde est encore plus fort : sauvegarder la compétitivité, c'est la « *garder sauve* ». Le terme induit une grave atteinte à la compétitivité, qui risque de dégrader la position concurrentielle de l'entreprise, et à terme à des difficultés économiques. Le contrôle de la sauvegarde est donc, en dernier ressort, un contrôle de proportionnalité, plus précisément un contrôle de la nécessité de l'acte de licenciement pour réorganisation : celui-ci n'est admissible que comme *ultima ratio*[1316]. Le registre de la sauvegarde de la compétitivité impose donc une double argumentation. La première est relative à la situation concurrentielle de l'entreprise. La seconde exige une appréciation des perspectives d'évolution de l'entreprise.

1308. Soc., 6 juill. 1999, Bull. civ. V, n° 327 : « *ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur* »

1309. Soc., 12 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 581

1310. Soc., 26 janvier 1994, n° 402 D, cité in Jurisprudence Sociale, supplément au n° 62

1311. Soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n° 123 ; lorsque le groupe a une dimension internationale, l'appréciation des difficultés économiques ne saurait se limiter au territoire national (Soc. 12 juin 2001, Bull. civ. V, n° 214, Dr. Soc. 2001, p. 894, obs. P. Masquefa

1312. Soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 155

1313. Cf. P. Waquet, prec. Dr. soc. 2000, n° 171.

1314. Soc., 1er avril 1992, Bull. civ. V, n° 223

1315. Soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n° 123

1316. Cf. G. Couturier, Vers un droit du reclassement ? Dr. soc. 1999, p. 503 : « … *le licenciement n'est admissible qu'en l'absence de toute autre solution.* » ; voir également F. Gea*, Le licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p.511

La jurisprudence de la Cour de cassation a montré que les espoirs placés par les auteurs dans cette technique de contrôle n'étaient pas vains[1317]. Ce canon permet de distinguer les restructurations effectuées par un simple souci de productivité ou de rentabilité, et celles qui sont véritablement nécessaires à l'entreprise. La Cour de cassation a ainsi admis la légitimité d'un licenciement prononcé « *en raison de la concurrence étrangère entraînant une baisse des commandes des articles de voyage en cuir fabriqués traditionnellement par l'entreprise* », dès lors que cette dernière est *« en situation de sureffectifs »* et doit *« s'orienter vers la fabrication de nouveaux modèles »*[1318]. En revanche, ne procède pas d'un motif économique une réorganisation motivée par un simple souci de rentabilité[1319] ou par un « *simple souci d'uniformisation des pratiques des deux sociétés fusionnées ou par un désir de simplification* »[1320]. La Cour de cassation exige donc bien que les licenciements soient imposés par le contexte économique, et distingue les licenciements « *de confort* » des licenciements nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité.

Cette jurisprudence est vigoureusement critiquée dans certains milieux patronaux, qui la considèrent comme « *extrêmement grave* », en ce qu'elle permet au juge de « *s'immiscer dans la gestion de l'entreprise* », et provoque une « *insécurité juridique totale* ». Elle empêcherait en outre les adaptations productives de l'entreprise : il faudrait « *attendre que l'entreprise soit en difficulté pour obtenir le droit de la bien gérer* »[1321]. Ces critiques semblent excessives. S'il est indéniable que la Cour de cassation a considérablement renforcé le contrôle sur la légitimité des réorganisations depuis 1995, il faut relever sa prudence dans la manière dont elle use de ce pouvoir. Loin de paralyser les réorganisations en dehors de difficultés économiques, la Cour de cassation admet le bien fondé des licenciements pour anticipation d'une évolution productive, lorsque la compétitivité de l'entreprise est soit menacée, soit déjà entamée. L'employeur doit argumenter pour montrer le caractère raisonnable de ce choix. Un tel contrôle comporte une part inhérente d'incertitude, mais on ne saurait affirmer que les magistrats abusent du pouvoir qui leur est confié.

β) Autres raisons économiques

410. L'introduction de la liste des raisons économiques par l'adverbe « notamment » pose la question de savoir si la trilogie dégagée par la Cour de cassation constitue une liste limitative des raisons économiques. Certaines décisions de la Cour de cassation ont laissé transparaître la volonté des magistrats de ne pas admettre d'autres raisons économiques. Un arrêt du 14 mai 1997 casse pour violation de l'article L. 321-1 une décision qui avait admis un motif économique de licenciement sans constater que la mesure « *était consécutive à des difficultés*

1317. Voir en particulier A. Lyon-Caen, *Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique*, D.O. 1995, p. 284.

1318. Soc., 3 mai 1994, RJS 6/1994, n° 675

1319. Soc., 1er décembre 1999, Bull. civ. V, n° 466, Dr. soc. 2000, p. 212, note J. Savatier : licenciement décidé pour une simple « *volonté de rationalisation financière* », par laquelle l'employeur décide de supprimer des emplois permanents dans le seul but d'en diminuer le coût.

1320. Soc., 23 juin 1999, n° 97-42.380, cité par P. Waquet, prec., Dr. soc. 2000, p. 175

1321. Citations provenant du commentaire de Soc., 26 octobre 1999, Soc., 29 novembre 1999, Soc., 1er décembre 1999, Jurisprudence sociale UIMM n° 2000-636, p. 45 sqq.

économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité »[1322]. Cette motivation exige des juges du fond qu'ils limitent l'appréciation de la raison économique aux trois causes dégagées par la Cour de cassation. La jurisprudence ultérieure a quelque peu corrigé la position de la Cour de cassation. Cette évolution peut être imputée en partie au Conseil constitutionnel. Les parlementaires avaient amendé la définition du motif économique de licenciement, en supprimant en particulier l'adverbe « notamment » de la liste des causes admissibles. Le Conseil considéra que le texte limitait les motifs de licenciement aux trois cas énumérés par la loi, « *à l'exclusion de toute autre hypothèse comme, par exemple, la cessation de l'activité de l'entreprise* ». Il indiqua qu'une telle mutation, conjuguée aux autres évolutions adoptées par le législateur conduisait à faire peser sur la gestion des entreprises un « *cumul de contraintes* » portant une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre[1323]. L'argument n'était pas définitif, car il ne prenait en compte que ce « *cumul de contraintes* » sans se prononcer sur l'importance qu'il fallait accorder à chacune de celles-ci. Il conduisait cependant à reconnaître à certains motifs économiques tels que la cessation d'activité de l'entreprise une légitimité accrue dans l'ordre juridique.

La Cour de cassation ne s'est pas montrée insensible à cet argument. Dans une décision du 16 janvier 2001[1324], elle indiqua que « *l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L. 321-1 du Code du travail n'est pas limitative* », et que « *la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constituait un motif économique de licenciement* ». La décision semble donc admettre la fermeture de l'entreprise à la fois comme cause catégorique et comme cause justificative du licenciement pour motif économique. Si la fermeture de l'entreprise devient ainsi une raison économique admise par les juridictions, il faut relever que les décisions rendues sur ce terrain tendent à en limiter la portée. La Cour de cassation a d'abord pris soin de relever que la fermeture de l'entreprise ne pouvait légitimer un licenciement économique que si elle est définitive. La fermeture temporaire, régie par les règles relatives au chômage technique, ne saurait légitimer un licenciement économique[1325]. Par ailleurs, la Cour de cassation a indiqué que seule la cessation de l'activité de l'entreprise était concernée : la fermeture d'un établissement ne peut justifier à elle seule le licenciement[1326]. Nombre de décisions des juges du fond continuent en la matière à se référer à l'exigence que cette fermeture soit motivée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la nécessaire

1322. Soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n°177 ; Dr. soc. 1997. 740, obs. Favennec. Voir de même Soc., 23 novembre 1999, Bull. civ. V, n° 454.

1323. C. C onst. 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Décision n° 2001-455 DC, considérants n° 47 et n° 50

1324. Soc. 16 janvier 2001, Bull. civ. V, n°10, Dr. Soc. 2001, p. 413 note J. Savatier, D. 2001, p.2170 obs. C. Boissel

1325. Soc. 15 octobre 2002, Bull. civ. V, n° 311

1326. Voir sur la motivation de la lettre de licenciement Soc. 29 octobre 2003, n° 01-44000 ;4 avril 2001, n° 99-40575.

sauvegarde de la compétitivité[1327]. Enfin, la Cour de cassation n'admet la cessation d'activité de l'entreprise comme raison économique que lorsqu'elle ne résulte pas d'une faute ou de la légèreté blâmable du chef d'entreprise. La réintroduction de ce standard de la faute surprend, car l'appréciation de la légitimité d'un choix économique n'a que peu de rapport avec l'appréciation de la faute. La référence à la faute ne fournit que peu d'indications sur le type de contrôle exigé par la Cour de cassation sur ce motif de licenciement. La portée des évolutions induites par l'arrêt du 16 janvier 2001 est difficile à déterminer. Deux lectures contradictoires de cette décision sont envisageables. La référence à la faute pourrait constituer un simple alibi de la part de la Cour de cassation : la cessation d'activité constituerait nécessairement un motif économique légitime, sauf au salarié de prouver que l'employeur a commis une faute dans la gestion de son entreprise. Une vision plus exigeante permettrait de considérer que la faute n'est qu'un canon très général qui laisse la plus grande marge d'appréciation aux juridictions du fond pour apprécier le bien fondé de la cessation de l'activité de l'entreprise. Il appartiendrait en ce sens aux juridictions de déterminer si la cessation de l'activité est légitime. Des décisions des juridictions du fond ont ainsi pu considérer comme injustifié le licenciement de salariés résultant de la fermeture d'entreprise à la suite sanctions administratives, dès lors que celles-ci résultaient de la méconnaissance par l'entreprise des règles d'hygiène et de sécurité[1328].

Ces décisions, ainsi que la référence faite par la Cour de cassation à la simple « légèreté blâmable » montrent que les juridictions n'entendent pas laisser à l'employeur une appréciation discrétionnaire des raisons de fermeture de l'entreprise. Il n'en reste pas moins que le contrôle opéré de la raison économique à l'aune du standard de la faute est pour le moins difficile à comprendre. La notion même de motif économique a été dégagée par la jurisprudence pour dégager les comportements exclusifs de toute faute de la part des entreprises[1329].

d) Reclassement et adaptation

411. Le dernier élément qui participe de la définition de la cause économique est l'exigence du respect de l'obligation de reclassement du salarié dans l'entreprise ou dans le groupe[1330]. Cette obligation impose à l'employeur de rechercher si un poste compatible avec les compétences du salarié peut lui être proposé dans l'entreprise ou le groupe auquel celle-ci appartient. Le reclassement du salarié peut être effectué dans des emplois *« de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie*

1327. Rouen, ch. soc. 23 septembre 2003, Juris Data n° 2003-230857 ; Aix en Provence, ch. soc. 17 8 octobre 2002, Juris Data n° 2002-196987 ; Rouen, Chambre des appels prioritaires, 12 septembre 2000, Jurisdata n° 2000-169375 ; Amiens, Ch. soc. 13 juin 2000, Juris Data n° 2000-135998

1328. Paris, Chambre 22B, 2 juillet 2002, Juris Data n° 2002-189253 ; Paris Chambre 18 E 24 octobre 2003, Juris Data n° 2003-225249

1329.Cf. Supra n° 84

1330. Cf. Soc., 25 févr. 1992, D. 1992, p. 390, note M. Desfossez, D. 1992. Somm., p. 294, obs A. Lyon-Caen ; Pour une analyse de cette obligation, Cf. G. Couturier, *Vers un droit du reclassement*, Dr. soc. 1999, p. 497 ; F. Héas, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, Dr. soc. 1999, p. 504 ; B. Lardy-Pélissier, *L'obligation de reclassement*, D. 1998, chr., p. 399 ; F. Gea, *Le licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p.511 ; Voir la rédaction de l'article L. 321-1 al. 3 issu de la loi du 17 janvier 2002 pour la reprise légale des constructions jurisprudentielles.

inférieure ». Au besoin, le salarié doit se voir proposer une modification du contrat de travail[1331].

2. La gradation des fautes

412. Le standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement, *a fortiori* celui de la sanction justifiée et proportionnée, est complété par la définition précise de la gradation des fautes, qui guide le contrôle des justifications. La faute simple est ainsi distinguée de la faute grave et de la faute lourde.

413. Faute

Le registre de la faute fournit à lui seul un cadre argumentatif relativement précis, qui guide le contrôle judiciaire des sanctions et des licenciements fondés sur la faute.

La faute est définie de manière générale comme un écart de conduite par rapport à des règles. La Cour de cassation admet que la faute est constituée dès lors que le salarié a enfreint une règle de discipline de l'entreprise, que celle-ci figure ou non[1332]. Le constat de la faute exige par nature que l'employeur montre que le salarié a commis un acte qu'il n'aurait pas dû commettre.

Le second élément que la jurisprudence déduit de la définition de la faute est que celle-ci ne peut être retenue que si elle constitue un fait imputable au salarié lui-même[1333]. Il en résulte que tous les faits imputables aux proches du salarié ne peuvent être qualifiés de faute[1334].

414. Définition de la faute grave

La définition de la faute grave, privative des indemnités de licenciement et du droit au préavis, fournit une précision importante dans le contrôle des justifications. La Cour de cassation a dégagé une définition dite *fonctionnelle* : elle considère que la faute grave est celle qui « *rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis* »[1335]. Le raisonnement développé par la Cour est donc simple. La faute grave prive le salarié du droit au préavis : elle est donc celle qui rend impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

Cette définition de la faute grave impose donc le respect d'une argumentation prouvant que le comportement reproché au salarié est tel qu'il rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. La légitimité du licenciement est encore ici l'expression d'un principe de proportionnalité évalué en fonction de la nécessité d'exclure immédiatement le salarié de l'entreprise.

1331. Soc., 1er avril 1992, Bull. civ. V, n° 228

1332. Soc., 25 juin 1987, Bull. civ. V, n° 423, D. 1988. Somm., p. 98, obs. J. Pélissier : l'employeur n'est pas tenu de prononcer une sanction prévue au règlement intérieur. Cf. la critique de cette jurisprudence in J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec., n° 896

1333. Soc., 26 février 1991, Bull. civ. V, 1997 : la faute grave doit être imputable au salarié ; Soc., 27 janv. 1993, Dr. soc. 1993, p.187 ; Soc., 21 mars 2000, D. 2000, IR, p.114

1334. Soc., 25 avril 1990, Bull. civ. V, n° 188,

1335. Soc., 26 février 1991, Bull. civ. V, n° 97.

L'argumentation permet ainsi de déterminer la gravité de l'écart de conduite du salarié par rapport à la norme[1336]. Une telle argumentation doit se baser sur deux éléments : l'importance de l'écart de conduite, et les conséquences qu'aurait pour l'entreprise le maintien du salarié dans l'entreprise. Une telle importance n'exige pas de manière générale que le comportement ait causé un préjudice à l'entreprise[1337]. Elle requiert toutefois une appréciation circonstanciée de l'ensemble des faits de l'espèce, notamment la prise en compte de l'attitude passée du salarié[1338]. La Cour de cassation semble en la matière admettre assez largement la sanction des comportements par lesquels les salariés refusent de se soumettre à la discipline de l'entreprise. Sans doute l'exemplarité de la sanction est-elle admise ici comme un moyen de préserver l'autorité du chef d'entreprise. La Chambre sociale reconnaît ainsi qu'un acte d'insubordination délibéré constitue une faute grave[1339]. Hors ces cas, il est admis que la faute grave est constituée dès lors que le comportement du salarié aurait pu causer un grave préjudice à l'entreprise[1340] ou s'il a effectivement causé un préjudice[1341].

415. Faute lourde

La faute lourde, privative en sus des indemnités compensatrices de congés payés, est définie par la jurisprudence comme celle qui traduit l'intention de nuire du salarié vis à vis de l'entreprise ou de l'employeur[1342]. La Cour de cassation se montre particulièrement exigeante en la matière : elle considère qu'un vol (délit pourtant intentionnel) ne montre pas en lui-même l'intention de nuire à l'égard de l'employeur[1343].

416. Il apparaît ainsi que les justifications sont contrôlées au travers de la technique originale du standard juridique. Celle-ci impose un modèle de conduite souple, qui ne détermine pas par avance les comportements permis ou interdits. Elle autorise une pluralité de comportements légitimes. Le modèle de comportement

---

1336. L'existence de degrés dans la faute montre à l'évidence le caractère erroné de l'affirmation de Kelsen selon laquelle les comportements ne peuvent être appréciés qu'en termes de conformité ou non conformité du comportement à la norme (*Théorie pure du droit*, prec., p. 28) Il est toujours possible de déterminer qu'un acte est plus ou moins conforme au modèle signifié par la norme. Les règles juridiques telles celles relatives à la faute lourde ou à la faute grave précisent comment cet écart de conduite peut être mesuré. Cf sur ce thème P. Amselek, Perspectives…prec. p. 128

1337. Soc., 8 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 534

1338. Cf. Soc., 14 juin 1997, RJS 1997, n° 799 (veilleur de nuit ayant une ancienneté de 14 ans qui s'endort dans son service : absence de faute grave, le fait était isolé).

1339. Soc., 3 janvier 1980, Bull. civ. V, n°2 (refus d'obéir aux ordres) ; voir également la jurisprudence relative au refus d'exécuter le travail en cas de refus de modification des conditions de travail, qui constitue « *en principe une faute grave* » (Soc., 10 juillet 1996, Dr. soc. 1996, 977, note H. Blaise).

1340. Soc., 4 mars 1998, n° 95-44.690 (méconnaissance des règles de sécurité dans une centrale nucléaire), Soc., 18 oct. 1990, n° 88-44.944 (manquement aux règles élémentaires d'hygiène pour un cuisinier)

1341. Voir par exemple les cas de concurrence déloyale accompagnés de détournement de clientèle (Soc., 22 février 1978, Bull. civ. V, n° 134), les vols de biens de l'entreprise (cf. supra n° 377 sur l'exigence du caractère non dérisoire du vol), ou encore les négligences professionnelles occasionnant un préjudice pour l'entreprise (Soc., 14 janv. 1997, n° 94-42.254 : destruction d'un groupe électrogène par méconnaissance des règles de l'art par un mécanicien)

1342. Soc., 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 105, note G. Couturier.

1343. Soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, n° 326, Dr. soc. 1999, p. 961, note J. Savatier.

imposé à l'employeur doit alors être compris comme l'obligation de montrer le caractère raisonnable de ses choix, en respectant le cadre argumentatif que fixent les termes légaux. Ce cadre argumentatif est complété par des définitions qui donnent un sens plus précis à ces termes.

Les standards juridiques n'obligent pas seulement les employeurs à un modèle de conduite particulier. Ils imposent au juge un rôle spécifique dans l'instance.

Chapitre 2

L'OFFICE DU JUGE DANS LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS

417. Exigence de justification et évolution de la justice

Le contrôle des justifications patronales confère au juge une mission très particulière. Il n'intervient pas seulement pour trancher un différend relatif à l'attribution de droits subjectifs aux parties, mais pour garantir le respect de droits fondamentaux reconnus aux salariés. Ces droits exigent pour être protégés que l'employeur soumette au juge les raisons qui en sont à l'origine. Ils traduisent à l'évidence une intervention accrue dans la vie économique et sociale. Il serait cependant trompeur de ne percevoir cette mission du juge que comme le signe d'un simple renforcement d'un pouvoir inquisitorial désormais chargé de sonder les fors internes des chefs d'entreprise. L'intervention du juge est avant tout le produit de la recherche d'une meilleure protection des droits fondamentaux des salariés qui imposent de renforcer les obligations pesant sur le chef d'entreprise. Cette évolution rompt cependant avec la tradition positiviste et légicentriste qui caractérise la culture juridique française. Loin d'imposer aux employeurs des obligations rigides, contraignantes, d'imposer des modèles de comportements prédéterminés par le législateur, les normes n'imposent que des procédures et des normes standard de comportement. Celles-ci permettent de conjuguer les obligations imposées aux justiciable avec une part de libre choix par le destinataire de la règle des modèles de comportement qui guident son action. La loi se veut ici respectueuse des valeurs et des choix économiques et sociaux développés par les acteurs. Elle ouvre la voie à une évaluation des comportements en fonction des règles de la raison.

Cette évolution constatée dans le droit du travail fait écho aux transformations d'autres branches du droit. Elle pourrait correspondre à une profonde mutation des systèmes juridiques. Des réflexions générales menées sur la justice pénale et civile montrent en effet les profondes transformations du rôle du droit dans les démocraties[1344]. Les sociétés occidentales sont caractérisées par un individualisme croissant, voire par une atomisation des rapports sociaux. La définition de règles générales abstraites et stables dans le temps constitue dès lors un horizon politique difficile à atteindre[1345]. Le projet de l'Etat providence d'intégrer les individus dans la société par l'octroi de sécurités collectives exige dès lors la définition de nouveaux modes de régulation. Ces derniers confient au juge un rôle accru dans la définition

1344 Cf. C. Guarneri et P. Pederzoli, La puissance de juger, Ed. Michalon, 1996 ; A. Garapon, Le gardien des promesses. Justice et démocratie, Ed. O. Jacob, 1996 ; D. Salas, Le tiers pouvoir. Vers une autre justice, Hachette Pluriel, 2000.

1345. Cf. D. Salas, prec. p. 90 sqq.

des règles. Ces évolutions renouvellent les missions confiées aux juridictions. Il leur revient de poser des limites à l'exercice des différents pouvoirs, d'asurer aux droits et libertés fondamentaux une protecion effective, et de chercher un équilibre entre les intérêts en présence. Il est à ce titre significatif que l'essentiel du développement du contentieux s'organise autour de la protection d'intérêts : intérêt de l'enfant, de la famille, de l'entreprise, etc[1346]. Le contrôle des justifications patronales s'inscrit parfaitement dans un tel mouvement . Il autorise un contrôle sur des prérogatives jusque là discrétionnaires de l'employeur. Pour autant, ce contrôle judiciaire n'impose pas un modèle univoque de comportement , et permet de concilier la liberté d'entreprendre et les droits reconnus aux salariés.

418. L'évolution de l'office du juge

Cette profonde évolution du droit conduit nécessairement à une recomposition de l'intervention du juge. Le modèle de justice antérieur était caractérisé à la fois par la primauté accordée à la loi et par l'octroi au juge d'un rôle neutre consistant uniquement à l'application de la norme par la réalisation de syllogismes judiciaires. Les évolutions normatives constatées conduisent à mettre en question une telle conception. L'utilisation de standards du droit ne permet pas au législateur de définir seul les modèles de conduite auxquels sont soumis les particuliers. Elle ne permet pas non plus au juge de se limiter à la réalisation de la règle de droit par l'application d'un syllogisme : il lui appartient de compléter la majeure de ce syllogisme que le législateur n'a pas entendu préciser.

Une telle évolution ne peut manquer d'influer sur l'office du juge, c'est-à-dire sur les pouvoirs et les devoirs qui lui incombent dans le traitement des litiges qui lui sont soumis[1347]. Il convient de distinguer le rôle confié au juge dans la conduite du litige (Section 1) et la question de l'étendue de ses prérogatives (Section 2).

Section 1. La rénovation de l'office du juge

Section 2. L'étendue du contrôle judiciaire

SECTION 1. LA RÉNOVATION DE L'OFFICE DU JUGE

419. L'objet très particulier des litiges relatifs à la justification des mesures de gestion du personnel confère au juge un rôle spécifique dans la conduite de l'instance. Les règles qui déterminent l'office du juge en la matière ne sont pas formalisées ni unifiées, mais il est possible rationnellement d'en dégager les lignes de force. Celles-ci conduisent à considérer que le juge se voit attribuer un rôle nouveau dans l'instance. Cette spécificité est caractérisée dans deux domaines. En premier lieu, le juge se voit attribuer un rôle particulièrement actif dans la direction de l'instance (§1). En second lieu, l'office du juge dans le contrôle des justifications doit conduire ce dernier à assurer le respect des règles de la délibération (§2).

1346. D. Salas in Encyclopédie de la Culture juridique V° Juges (Aujourd'hui)

1347. L'office du juge désigne l'ensemble des pouvoirs et devoirs incombant au juge lorsqu'il contrôle les justifications (G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° Office) (Etymologie : opus + facere : exécution d'un travail)

§1. LE RÔLE ACTIF DU JUGE DANS LA DIRECTION DE L'INSTANCE

420. L'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile le 1er janvier 1976 a marqué un tournant dans l'histoire du droit privé français. Ce texte a rénové la procédure civile, en permettant notamment de sortir du modèle accusatoire du procès civil. Celui-ci n'est plus destiné à faire valoir les seuls intérêts des parties, mais il permet la réalisation du droit qui intéresse, au-delà des plaideurs, l'ensemble de la société. Nombre de principes directeurs du procès civil mettent en évidence une telle évolution : rôle actif du juge dans le déroulement de l'instance, (article 3 du nouveau Code de procédure civile), possibilité de fonder la décision sur des faits adventices (article 7), large pouvoir en matière des preuves (articles 10 et 11), et surtout maîtrise des règles de droit applicables au litige (articles 12 et 13)[1348]. Ces règles corrigent sensiblement les principes directeurs plus classiques qui reconnaissent une maîtrise des parties sur le déclenchement de l'instance, l'objet du litige, et les faits de la cause. Le procès civil est parvenu ainsi à un équilibre entre les aspects accusatoires et les dimensions inquisitoires de la procédure.

A notre connaissance, aucune étude de sociologie juridique n'a étudié l'impact réel de cette évolution des principes de la procédure civile sur la manière dont les juridictions traitent les litiges civil. Le caractère mixte de la procédure civile laisse une grande marge de liberté dans l'utilisation des règles. Les études doctrinales sur la procédure civile prennent d'ailleurs soin de présenter cette matière comme une sorte de « droit commun » dont les règles varient sensiblement selon les juridictions et les règles de fond[1349]. L'hypothèse peut dès lors être posée –mais il faudrait encore en vérifier empiriquement le bien fondé – que l'utilisation par les juges des pouvoirs reconnus par le nouveau Code de procédure civile dépend du type de contentieux qui lui est soumis, donc des règles de fond qui sont applicables. Force est alors de constater que les litiges relatifs à la justification des mesures de gestion du personnel constituent un terrain privilégié de mise en œuvre des modifications de la procédure civile contemporaine. Ils conduisent à la fois à une définition particulière du rôle du juge dans le déroulement du litige (A) et à confier un rôle particulier au juge à l'égard des règles de preuve (B).

1348. Sur ces évolutions de la procédure civile voir G. Cornu, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, Mel. Bellet, p. 83 ; G. Bolard, Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky, JCP, ed. G., 1993, I, 3093 ; Bellamy, Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit d u procès, JCP 1973, ed. G., I, 2522 ; L. Cadiet, Droit judiciaire privé, prec. n° 1080 sqq. ; G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, n° 96 sqq. ; J. Héron, Droit judiciaire privé, prec. n° 244 sqq. ;

1349. Cf. G. Cornu et J. Foyer, prec. n° 94 sqq. évoquant un « procès civil type »

A. LE JUGE ET LE LITIGE

421. Afin de comprendre la spécificité du rôle du juge dans le contrôle des justifications, il est nécessaire de rappeler les règles qui déterminent le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil, avant de montrer les évolutions induites par le contrôle des justifications.

1. Principes directeurs du procès civil

422. Le procès accusatoire

Le rôle du juge était autrefois conçu dans un modèle de procès accusatoire. Le déroulement du litige est représenté comme une sorte de combat symbolique entre deux justiciables, dont le juge n'est que l'arbitre. A l'image d'un arbitre sportif, il a pour fonction de compter les points, de sanctionner les comportements irréguliers à l'instance, et de proclamer le vainqueur. Les parties prennent l'initiative du litige, et ont la responsabilité du cours pris par l'instance.

Il n'est nul besoin de développer le fonctionnement d'un tel modèle. Le juge, arbitre neutre d'un litige qui est la chose des parties, ne prend aucune initiative en faveur de l'une ou l'autre des parties. Une telle action serait perçue comme une atteinte à l'impartialité propre à la fonction juridictionnelle. Avant la loi de 1928, il n'était pas concevable que le juge invite l'employeur à fournir les raisons d'un acte qu'il a accompli, pour faciliter la preuve par le salarié d'une faute imputable à l'employeur.

Le fondement d'une telle organisation du litige réside dans la conception libérale des droits subjectifs. Les parties ont la libre disposition de leurs droits subjectifs, et elles sont maîtresses de les faire valoir ou non en justice, ainsi que de la manière dont elles les défendent dans le procès.

423. Le rôle du juge dans le Nouveau Code de procédure civile

Le Nouveau Code de procédure civile, institué par une série de décrets promulgués de 1971 à 1981 peut être vu comme l'une des œuvres de codification majeures de la seconde moitié du XXe siècle[1350]. Il a considérablement modernisé le procès civil[1351], s'inspirant des pratiques judiciaires, des constructions doctrinales, notamment de la pensée de Motulsky.

Sans véritablement transformer le procès civil en un procès inquisitoire, le Nouveau Code de procédure civile rénove les règles du procès accusatoire[1352]. Le juge se voit confier pour mission essentielle d'assurer la manifestation de la vérité[1353]. Bien que la notion de vérité soit à prendre avec les plus grandes

1350.v. J. Héron, *Droit judiciaire privé*, prec. n° 17 sq.

1351. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, prec. n° 61 sq.

1352. J. Vincent et S. Guinchard, prec., n° 534 sqq. ; G. Couchez (Dir.), *Procédure civile*, Dalloz, 1998, n° 272

1353. Cf article 10 du Code civil, article 8 du Nouveau Code de procédure civile.

précautions[1354], cette finalité justifie l'attribution au juge de pouvoirs d'initiative importants[1355]. Ces derniers concernent le rôle du juge dans l'instruction[1356] ainsi que dans le déroulement du procès[1357].

424. Les limites du pouvoir du juge

Malgré ces évolutions, ne nombreux éléments continuent à conférer un caractère accusatoire au procès dans le cadre du Nouveau Code de procédure civile. Le litige ne peut toujours être initié qu'à l'initiative des parties (article 1er). Celles-ci conservent un pouvoir d'impulsion dans le procès. Par ailleurs, les prérogatives du juge demeurent limitées par le respect du *principe dispositif*. Les parties conservent la maîtrise de la matière litigieuse : elles fixent elles-mêmes les éléments du litige[1358].

Le rôle du juge, dans cette perspective, demeure structuré par la distinction entre le fait et le droit. Les auteurs du Nouveau Code de procédure civile, influencés par les idées de Motulsky, ont entendu définir les rôles respectifs des parties et du juge par la mise en œuvre de l'adage – dont l'authenticité historique est des plus douteuses – « *da mihi factum, tibi dabo jus* »[1359]. En effet, le Code précise que l'objet du litige est fixé par les prétentions des parties (article 4). Ces dernières sont chargées d'alléguer les faits (article 6), et d'en établir la preuve (article 9). Le droit appartient au juge : il est chargé de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables, en soulevant d'office, le cas échéant, les moyens de pur droit (article 12). Ces règles ne rendent sans-doute pas compte de manière réaliste du déroulement des litiges[1360], mais elles structurent le Nouveau Code de procédure civile.

Le Nouveau Code de procédure civile confère bien un rôle central aux parties, mais il attribue d'importantes prérogatives au juge. Le renforcement des prérogatives du juge est davantage marqué encore dans son rôle dans le contrôle des justifications.

2. Le rôle des parties et du juge dans les litiges relatifs à la justification

425. L'objet du litige relatif à la justification des mesures de gestion du personnel exige que le juge s'immisce davantage dans le déroulement de l'instance que dans les autres procès civils. Les motifs qui animent l'employeur sont particulièrement difficiles à établir. La protection du droit à la preuve exige non seulement d'aménager le droit de la preuve[1361], mais de conférer au juge prud'homal un rôle accru dans la direction de l'instance.

1354. Cf. Supra n° 289

1355. Pour une critique de ces attributions : voir R. Martin, *Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver,* RT, 1994, p. 557

1356. article 10 du Nouveau Code de procédure civile

1357. article 8

1358. Cf. J. Vincent et S. Guinchard, prec., n° 546

1359. « *Donne moi le fait, je te donnerai le droit* ».

1360. Le fait n'est pas seulement laissé à la charge des parties. Le juge dispose de larges prérogatives à leur égard. Le droit n'est pas la chose du juge. Les parties, par la présentation qu'elles donnent des faits, ainsi que par les interprétation qu'elles suggèrent de la règle de droit, influencent grandement le choix de la règle et de son sens par le juge.

1361. Cf. Supra, n° 289 sqq.

Les auteurs soutiennent souvent que le procès prud'homal aurait une nature inquisitoire[1362]. Le caractère idoine de cette dénomination dépendra de la signification qu'on lui confère. Il serait sans doute plus juste d'affirmer que le procès prud'homal comporte des tendances inquisitoriales renforcées[1363]. Plutôt que de débattre de la dénomination donnée à cette procédure, il semble nécessaire de comprendre concrètement les prérogatives reconnues au juge dans le contrôle des justifications.

A première vue, les textes confèrent ici au juge une mission qui n'est pas très éloignée de celle reconnue dans le Nouveau Code de procédure civile. Les articles L. 122-14-3 et L. 122-43 disposent que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, et au besoin après toute mesure d'instruction qu'il estime utile. Ces dispositions ne sont pas très différentes de celles de la procédure civile, tant au regard des prérogatives des parties à l'égard des faits (articles 6, 7, 9), que de celles du juge, qui se voit reconnaître la possibilité d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (article 10)

Pourtant, l'examen des règles jurisprudentielles montre que les magistrats se voient en matière de justification conférer un rôle plus actif dans la conduite du litige.

Les juges prud'homaux se voient reconnaître les pouvoirs les plus étendus afin de décider de recourir à des mesures d'instruction. Leur pourvoir d'appréciation est sur ce point souverain[1364]. Ces mesures peuvent être ordonnées d'office[1365]. La possibilité d'ordonner de telles mesures est facilitée par la possibilité de désigner un conseiller rapporteur[1366]. Il est chargé de mettre en état l'affaire, et peut à ce titre procéder à toute mesure d'instruction utile. Il peut par exemple entendre les parties ou des tiers.

Le caractère inquisitoire est renforcé par le principe de l'oralité de la procédure prud'homale[1367], ainsi que par celui de la comparution personnelle des parties[1368]. Les magistrats, au titre de leur large pouvoir à l'égard des mesures d'instruction peuvent même ordonner une telle comparution personnelle des parties[1369]. Ces règles sont d'une grande importance au regard du contrôle des justifications. Les juges doivent exiger au cours des débats de l'employeur qu'il justifie ses choix, qu'il étaye ses dires. Ils peuvent tirer toutes les conséquences du silence gardé par une partie ou du caractère confus de ses réponses[1370].

Le large pouvoir dont dispose le juge prud'homal dans le contrôle des justifications provient également de la grande latitude dont il dispose à l'égard de la

---

1362. Cf. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec., n° 417 ; A. Supiot, *Les juridictions du travail*, prec., n° 583 ;

1363. Sur la notion de procédure inquisitoire : cf. J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 279 sqq.

1364. Soc., 31 janvier 1979, Bull. civ. V, n° 93

1365. Article 143 NCPC

1366. L. 516-2 et R. 516-21 C. Trav.

1367. R. 516-6 C. Trav.

1368. R. 516-4 C. Trav.

1369. J. Villebrun et G.P. Quetant, *Traité de la juridiction prud'homale*, 3e ed., LGDJ, 1998, n° 836 sq.

1370. Cf. Article 11 NCPC : le juge peut tirer toutes les conséquences du refus ou de l'abstention du concours d'une partie aux mesures d'instruction.

matière litigieuse. La seule contestation du caractère injustifié d'un acte confère au juge de larges prérogatives à l'égard de la détermination de cette matière. La Cour de cassation estime que la question du défaut de motivation de la lettre de licenciement est nécessairement dans le débat. Les juges du fond doivent rechercher d'office si l'employeur a respecté ses prérogatives à cet égard[1371]. De même, si le salarié invoque le caractère injustifié d'un licenciement pour motif économique, la question du respect de l'obligation de reclassement est nécessairement dans le débat[1372]. Le juge doit rechercher d'office le respect de cette obligation[1373]. De même, les juges ont l'obligation de rechercher d'office la réalité de la suppression de poste en cas de licenciement pour motif économique[1374], ainsi que la justification d'une mesure de réorganisation[1375]. Il pourrait en être de même pour la méconnaissance des règles relatives aux critères d'ordre du licenciement pour motif économique[1376]. Il en est enfin de même au regard du rôle du juge à l'égard des qualifications opérées par les parties. Le juge doit restituer aux faits leur exacte qualification, même lorsque les parties proposent une fausse qualification[1377].

Le principe dispositif ne limitedonc pas véritablement l'étendue des prérogatives du juge dans les litiges relatifs à la justification. Dès qu'un fait est susceptible d'étayer le caractère justifié ou non d'un acte, il doit être invoqué d'office par le juge. La seule limite à l'utilisation de ces prérogatives par le juge est le respect du principe du contradictoire[1378].

426. Prérogatives du juge et droit des traitements inégaux

Les litiges relatifs aux traitements inégaux autorisent la même expression d'un pouvoir actif pour le juge. La jurisprudence à cet égard est cependant rare. Au nom de l'effectivité des règles communautaires, les juridictions nationales ont l'obligation de soulever d'office les règles de ce droit[1379]. La recherche d'une protection efficace contre les traitements inégaux conduit la Cour de justice à écarter toutes les règles ou pratiques qui rendent impossible ou excessivement difficile le

---

1371. Soc., 26 mai 1999, Bull. civ. V, n° 235 ; de même Soc., 8 février 2000, n° 97-44.916 ; Soc., 14 décembre 1999, n° 97-45.304 ; Soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, n° 328 (la fin de non recevoir est dès lors infondée)

1372. Soc., 26 novembre 1996, RJS 1/97, n° 18

1373. Soc., 17 mars 1999, Dr. soc. 1999, p.503, note G. Couturier

1374. Soc., 7 juillet 1999, n° 97-43.351

1375. Soc., 18 octobre 1995, n° 93-46.222 (obligation de rechercher si la réorganisation a été effectuée dans l'intérêt de l'entreprise

1376. Cette solution n'a pas encore été consacrée. La Cour de cassation considère cependant que la demande d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse emporte nécessairement celle de la réparation de la méconnaissance des règles relatives aux critères d'ordre du licenciement. Cf. Soc., 27

octobre. 1998, Bull. civ. V, n° 456. Les règles relatives à l'ordre des licenciements étant d'ordre public, le juge devrait par conséquent avoir la possibilité de soulever d'office la question de leur application.

1377. Soc., 20 juin 1990, Bull. civ. V, n°, n° 310 ; Soc., 14 décembre 1995, Bull. civ. V, n° 348

1378. Soc., 26 mai 1999, prec.

1379. CJCE 11 juillet 1991, aff. C-87/90, *Verholen e.a. / Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Rec.1991, p. 3757 ; CJCE 14 décembre 1995, Aff. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie / État belge*, Rec.1995, p. 4599 ; CJCE 14 décembre 1995, aff. C-430/93, *Van Schijndel / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Rec.1995, p.4705 Cf. Sur ces deux arrêts la note de G. Cannivet et J.G. Huglo, Rev. Europe 1996, chron., p. 4

bénéfice des droits reconnus dans l'ordre communautaire[1380]. Ce principe d'effectivité exige, dans le domaine du contrôle des justifications, d'écarter toutes les règles procédurales qui font échec au pouvoir d'initiative du juge.

Les larges prérogatives du juge dans la direction de l'instance sont également notables dans le rôle qu'il exerce à l'égard des règles de preuve.

B. LE JUGE ET LA PREUVE

427. Asymétrie des règles de preuve

Les règles relatives à la charge et au risque de la preuve ont déjà été présentées au titre des règles relatives au contrôle de l'exigence de justification[1381]. Il convient de montrer que les juges utilisent de manière constante les règles de preuve afin de remplir leur office de contrôle des justifications. La recherche d'une protection effective des droits des salariés exige qu'ils bénéficient d'une grande liberté dans la preuve. Ainsi que le note M. Normand, les procédures *inquisitoires* sont basées sur l'intime conviction du juge et exigent un système de preuve morale[1382]. La liberté de preuve est reconnue dans les litiges relatifs aux justifications.

L'article L. 122-14-3 dispose que le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties* ». L'article L. 122-43 est encore plus large : il prévoit que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par l'employeur, et de « *ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations* ». Il laisse donc entendre que cette conviction pourrait résulter de simples allégations du salarié.

Cette règle de preuve conduit à admettre tout mode de preuve. Il appartient au juge d'en apprécier souverainement la force probante.

Malgré cette souplesse des règles de preuve, la Cour de cassation montre des exigences différentes selon que la preuve émane de l'employeur ou du salarié. La protection du droit à la preuve du salarié exige que toute preuve émanant de lui soit considérée comme recevable. La Cour de cassation a ainsi considéré que le salarié « *peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* »[1383]. La validité de ces preuves ne peut être écartée. La Chambre criminelle a longtemps considéré que la photocopie de documents de l'entreprise à l'insu de l'employeur peut constituer un vol[1384]. Un arrêt récent est cependant revenu sur cette politique jurisprudentielle. Il permet d'aligner la position de la Chambre criminelle sur celle de la Chambre sociale[1385].

En revanche, la Cour de cassation est plus rigoureuse lorsque les preuves émanent de l'employeur. Elle estime que les preuves obtenues de manière illicite ne

---

1380. CJCE 24 octobre 1996, aff. C-435/93, *Dietz / Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Rec. 1996, p. 5223

1381. Supra n° 289

1382. J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 339 sqq.

1383. Soc., 2 décembre 1998, Bull. civ. V, n° 535, D. 1999, J., p. 431, note Gaba

1384. Crim. 24 oct. 1990, Bull. crim. n° 355 ; Crim. 8 déc. 1998: Bull. crim. n° 336 ; D. 2000. Somm. p. 87, obs. S. Frossard

1385. Crim. 11 mai 2004, à paraître au Bulletin

sont pas recevables. La Cour de cassation a ainsi refusé de prendre en compte des preuves découlant d'une filature du salarié par un détective privé[1386] ou tout enregistrement d'image ou de sons au détriment du salarié[1387]. Ces preuves sont alors mises hors des débats[1388].

De même, la jurisprudence relative à la motivation de la lettre de licenciement conduit à exiger la constitution d'un écrit motivé avant que ne soit admise la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Cette exigence n'est certes pas celle d'une preuve par écrit. L'écrit n'est nécessaire que pour rendre recevables les preuves qui étayent le motif allégué. La nécessité d'une énonciation écrite du motif constitue cependant une exigence de formalisme à l'égard de l'employeur, dans un domaine dans lequel la preuve est essentiellement libre.

428. Cette utilisation des règles de preuve n'est que peu surprenante. Elle est un moyen aisé pour les magistrats de mettre un terme à un litige[1389]. La tentation d'utiliser ces règles est sans doute renforcée lorsqu'ils disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation de la valeur probante des éléments qui leur sont proposés. L'utilisation des règles de preuve traduit ainsi souvent un choix équitable des magistrats en faveur du salarié, sans que la solution du litige exige un examen minutieux des justifications. Il est aisé, et sans doute fort convaincant, d'affirmer que l'employeur n'a pas avancé les éléments suffisants afin de justifier le licenciement, que les motifs invoqués ne sont pas précis ou que les preuves avancées ne peuvent être reçues. L'utilisation des règles de preuve n'est cependant pas entièrement satisfaisante au regard de l'exigence de justification. Elle empêche tout débat de fond sur les motifs de l'acte examiné. Le respect de cet impératif exige donc de ne pas poser des règles trop formelles en la matière. La jurisprudence de la Cour de cassation se montre d'ailleurs assez mesurée sur ce terrain. A la suite de l'arrêt Rogié, les juridictions ont été tentées de développer une utilisation rhétorique des règles de preuve en exigeant de l'employeur qu'il expose une motivation détaillée de la lettre de licenciement[1390]. La Cour de cassation a mis un frein à cette jurisprudence en précisant que la motivation de la lettre de licenciement ne nécessitait pas que les justifications fussent étayées dans ce document.

La particularité de l'objet du litige sur les justifications n'oblige pas seulement le juge à jouer un rôle actif à l'égard des preuves et de la direction de l'instance. Elle oblige à reconnaître aux règles en question une finalité spécifique : respecter le jeu de la délibération.

1386. Soc., 22 mai 1995, Bull. civ. V, n°, n° 164 ; Soc., 4 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 64 Soc. 26 novembre 2002, Dr. soc. 2003.225 n. J. Savatier, D. 2003 som. p. 394 obs. A. Fabre ; id. p. 1536 obs. A. Lepage ; cf. M. Grevy, *La vidéo surveillance : un mode normal de contrôle des salariés ?* Dr. soc. 1995, p. 929

1387. Soc., 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 519

1388. Soc., 4 févr. 1998, prec.

1389. Sur ce thème, cf. X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, prec., n° 4 sq.

1390. Cf. en particulier les décisions de la Cour d'appel d'Amiens, censurés par la Cour de cassation, exigeant à la fois une datation et une énumération précise des faits : voir J. Morville, *Motivation de la lettre de licenciement*, CSBP n° 71, p. 209

§2. LE CONTRÔLE DE LA DÉLIBÉRATION

429. Le genre délibératif

Les normes sur la justification sont, comme tous les standards, des normes qui signifient un modèle souple. Elles ne définissent pas *a priori* un modèle de conduite abstrait que doit respecter l'employeur. La détermination de ce modèle ne peut résulter que de l'argumentation, qui permet de montrer que l'employeur s'est bien conformé au modèle nominal indiqué par le standard juridique.

Le modèle de conduite imposé par la norme ne peut que résulter d'un échange d'arguments sur la conduite à tenir dans un contexte donné. Ce faisant, les règles sur la justification peuvent, pour l'essentiel, se rapporter à ce que Aristote nomme le genre *délibératif.* Ce genre, généralement réservé aux questions publiques, permet de déterminer ce qu'il est honnête, utile ou nécessaire de faire dans une action. La délibération requiert le débat, en confrontant les lieux du plus et du moins. Elle se distingue du genre *épidictique*, par lequel on débat du bien et du mal[1391]. Ce genre est surtout propre à l'oraison, et a pour utilité de faire partager les lieux communs essentiels partagés par les citoyens. Le genre délibératif se distingue également du genre *judiciaire*, par lequel on apprécie un comportement passé par les lieux du vrai et du faux[1392].

L'originalité de la justification réside dans un certain *mélange des genres*, par lequel un magistrat est tenu d'arbitrer une décision qui relève de la délibération. Ce contrôle est d'une grande difficulté. Il convient de préciser que ce contrôle n'est pas limité à la nécessité de faire respecter le principe de la contradiction par les parties. Le litige relatif à la justification exige du juge qu'il permette l'établissement d'un véritable dialogue sur les motifs des actes.

430. Toute délibération, en tant que débat sur le caractère utile, nécessaire ou honnête d'une action, requiert le respect de règles générales, sans lesquelles la délibération ne peut se dérouler correctement. La première exigence est celle d'une argumentation circonstanciée, basée sur les faits-mêmes qui donnent lieu à une décision. La seconde est celle d'une argumentation cohérente, qui respecte le principe de non-contradiction. La troisième exige un ordre logique dans lequel les arguments doivent être débattus.

A. EXIGENCE D'UNE ARGUMENTATION CIRCONSTANCIÉE

431. Pour qu'il y ait vraiment délibération, débat afin de savoir si l'acte en question était justifié, l'argumentation doit se baser sur les faits de l'espèce : il est exclu de se baser sur des généralités banales pour savoir si tel licenciement ou telle différence de traitement était justifiée.

Cette exigence est propre au raisonnement sur le caractère juste ou injuste d'un acte ou encore sur son caractère raisonnable[1393]. La détermination de tels caractères

---

1391. Aristote, *Rhétorique*, I, III

1392. Id.

1393. Cf. C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, prec., APD 1978, p. 35. ; N. McCormick*, On reasonableness,* prec., p. 146

exige que soit examiné concrètement le contexte dans lequel se déroule l'acte : situation de l'entreprise, situation du salarié, conduite de ce dernier, etc.

432. Jurisprudence de la Cour de justice en matière d'égalité

La Cour de justice des Communautés européennes a clairement mis l'accent sur cette exigence dans de nombreux arrêts.

Cette exigence est d'abord posée en matière d'ancienneté. Dans l'affaire qui a généré l'arrêt *Nimz*[1394], une convention collective exigeait une ancienneté supérieure pour les travailleurs à temps partiel par rapport aux salariés à temps plein afin de bénéficier de majorations de rémunérations. La majorité des travailleurs employés à temps partiel étant de sexe féminin, cette règle est une discrimination *prima facie* qu'il appartient à l'employeur de justifier. Ce dernier avançait un argument d'ordre général. Il entendait valoriser l'expérience professionnelle, celle-ci lui paraissant acquise plus lentement lorsque le salarié travaille à temps partiel. La Cour de justice dénie toute validité à un tel raisonnement : celui-ci constitue une « *simple généralisation* », qui ne permet pas de dégager des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination. L'objectivité du lien qui peut être établi entre temps de travail et acquisition de l'expérience professionnelle ne peut être déterminée qu'en examinant concrètement quel travail effectue le salarié, et en précisant quel genre d'expérience il lui fait acquérir[1395]. Ce même raisonnement a été développé dans l'arrêt *Kording*[1396]. La Cour reprend ce même argument en présence d'une règle fixant des conditions d'ancienneté différentes pour les salariés à temps plein et à temps partiel pour bénéficier d'une dispense d'examen afin d'accéder à une profession. Le caractère objectif d'une justification se basant sur une exigence d'acquisition de l'expérience professionnelle dépend « *de toutes les circonstances de chaque cas* »[1397]. Il doit cependant être noté que la Cour de justice ne se montre pas toujours aussi exigeante. En présence d'une majoration salariale accordée à l'ancienneté, elle a, dans l'arrêt *Danfoss*, admis que l'ancienneté soit en elle-même récompensée, étant donné que « *l'ancienneté va de pair avec l'expérience, et que celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations* »[1398]. Sans doute la Cour n'a-t-elle pas voulu, de manière brutale, déstabiliser des systèmes de rémunération à l'ancienneté généralisés dans certains pays[1399]. On ne peut toutefois manquer de souligner que cette argumentation est contraire aux règles les plus élémentaires de la délibération, et qu'elle autorise la pérennisation d'un facteur de discrimination important.

De même, la Cour de justice a promu cette exigence d'une argumentation circonstanciée dans la justification de différences de traitement sur des motifs de promotion de l'emploi. Dans l'arrêt *Seymour-Smith*[1400], la Cour a énoncé que de « *simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à promouvoir l'embauche ne suffisent pas à faire apparaître que l'objet de la règle*

1394. CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89, Rec. p. 297 ; D. 1992, Somm. p. 301, note M.T. Lanquetin

1395. CJCE *Nimz*, point 14.

1396. CJCE 2 octobre 1997, *Kording*, aff. C-100/95, Rec. p. 5289

1397. point 23. Voir la même argumentation employée dans l'arrêt CJCE *Gerster*, point 39

1398. CJCE *Danfoss*, 17 octobre 1989, prec., point 24

1399. Cette situation est une spécificité française : cf. R. Townshend-Smith, prec., p. 41

1400. CJCE 9 février 1999, *Seymour Smith*, aff. C-167/97

litigieuse est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe ni à fournir des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif »[1401]. En l'espèce, le gouvernement anglais justifiait l'exclusion du droit de contester la légitimité du licenciement pour les salariés d'une ancienneté inférieure à deux ans par la volonté de privilégier le développement de l'emploi. Cette argumentation est une simple assertion dépourvue de toute démonstration concrète.

433. Jurisprudence française

La Cour de cassation française n'a jamais formulé l'exigence d'une argumentation concrète dans des termes aussi explicites que la Cour de justice. Sa jurisprudence reflète cependant une large admission de ce principe essentiel à toute argumentation.

La Cour de cassation refuse que l'employeur justifie l'un de ses choix en invoquant simplement une règle d'ordre général. Elle refuse ainsi que l'employeur sanctionne une faute grave relevant de manière générale l'existence d'un préjudice pour l'entreprise[1402]. Il se peut qu'un préjudice déterminé causé à l'entreprise rende impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant l'exécution du préavis. Cette exigence n'est cependant ni nécessaire ni suffisante. En d'autres termes, la Cour de cassation refuse une proposition du type « *lorsque le salarié cause un préjudice à l'entreprise, il peut être licencié pour faute grave* ». une telle proposition n'est qu'une assertion générale, qui exclut d'apprécier concrètement les raisons du choix de l'employeur.

Cette exigence est particulièrement nette dans tous les cas de licenciement pour faute. En matière de concurrence déloyale, la Cour de cassation ne manque jamais de relever des éléments qui permettent de qualifier le comportement de faute sérieuse, grave ou lourde. Tel acte de concurrence déloyale recevra la qualification de faute grave, car le salarié non seulement envisageait de créer une société directement concurrente à celle qui l'emploie, mais encore entame des pourparlers à cet effet avec d'autres salariés de l'entreprise[1403]. Par contre, le seul fait de prendre une participation dans une entreprise concurrente ne saurait constituer une telle faute[1404].

La jurisprudence relative au licenciement pour vol a évolué en exigeant de l'employeur une argumentation circonstanciée. La Cour de cassation semblait autrefois admettre que tout vol au préjudice de l'employeur était constitutif d'une faute grave. Elle paraît aujourd'hui n'admettre une telle qualification que si les circonstances particulières de l'espèce permettent d'affirmer que le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis est impossible[1405].

Cette exigence d'une argumentation concrète, circonstanciée, est caractéristique du standard de proportionnalité[1406]. Cette exigence est cependant portée bien au-delà de ce contentieux : elle est consubstantielle à toute argumentation sur le caractère justifié d'un acte. Ainsi, en matière de licenciement pour motif économique, la Cour

1401. Point 76
1402. Soc., 8 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 534.
1403. Soc., 15 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 442, D. 1985, IR p. 383, obs. Y. Serra.
1404. Soc., 23 septembre 1992, Dr. soc. 1992, p. 918
1405. Voir sur cette question la jurisprudence citée supra, note n° 1183
1406. Voir supra n° 396

de cassation a récemment montré les subtilités qu'autorisait le contrôle de la légitimité de la réorganisation. Ce dernier exige de distinguer les licenciements opérés pour des questions de rentabilité, et ceux prononcés en raison d'exigences de sauvegarde de la compétitivité. Ce contrôle requiert que soient soigneusement étudiés le contexte concurrentiel de l'entreprise, sa situation économique et financière, ainsi que les perspectives qui sont raisonnablement envisageables. Cette évaluation ne saurait être autorisée par des assertions de nature générale.

La même exigence a été mise en avant dans le contentieux relatif à l'insuffisance professionnelle. Si l'employeur peut motiver la lettre de notification par la seule référence à l'insuffisance professionnelle du salarié, il ne peut se contenter de justifier le licenciement par un grief général d'insuffisance[1407]. Un dernier exemple peut être trouvé dans les clauses de non-concurrence : celles-ci ne sont valides que pour autant que l'employeur puisse justifier de leur nécessité au regard de la spécificité de l'emploi occupé par le salarié[1408].

B. COHÉRENCE DE L'ARGUMENTATION

434. L'un des ressorts les plus élémentaires du contrôle judiciaire de la raison d'un acte est de montrer que l'argumentation patronale n'est pas cohérente[1409]. L'employeur affirme qu'il a licencié pour une question d'aptitude professionnelle, et pourtant il invoque la santé financière de son entreprise : n'est-ce pas la meilleure preuve que ses arguments ne sont pas rationnels ?

Cette technique est l'une des techniques privilégiées de la Cour de cassation, lorsqu'elle analyse la motivation de la lettre de licenciement ou lorsqu'elle confronte cette dernière aux motifs qui animaient l'employeur au moment du licenciement.

Nombre d'arrêts illustrent cette technique de contrôle, dans tous les domaines du contrôle des justifications.

Une illustration ancienne est fournie par la jurisprudence relative au licenciement pour faute grave. La Cour de cassation estime que l'employeur ne peut à la fois licencier le salarié pour faute grave et conserver le salarié dans l'entreprise[1410]. La faute grave étant définie comme l'impossibilité de garder le salarié pendant la durée du préavis, le fait de maintenir le salarié dans son emploi montre que cette impossibilité n'est pas établie.

La méconnaissance des règles de la cohérence argumentative est surtout utilisée en matière d'insuffisance professionnelle. Peut-être l'utilisation de cette technique de contrôle permet-elle de palier partiellement les difficultés qu'ont les juridictions de contrôler le jugement d'aptitude. La Cour de cassation relève par exemple qu'il n'est pas cohérent de reprocher au salarié son insuffisance professionnelle alors que la tâche qu'il exécute est extérieure à sa qualification[1411]. De même, le fait de licencier un salarié pour ce motif s'il a bénéficié d'une augmentation trois mois

1407. Soc., 1er juillet 1981, Dr. ouvrier 1982, p. 180

1408. Voir notamment Soc. 10 juillet 2002, D. 2002, p. 2494, note Y Serra

1409. Pour une analyse rhétorique du fonctionnement des règles de la cohérence narrative : voir infra p. 332

1410. Soc., 5 avril 1989, Bull. civ. V, n° 568

1411. Soc., 2 févr. 1999 Bull. civ. V, n°51, Dr. soc. 1999, p. 417, obs. C. Radé

auparavant n'est pas logique[1412]. Inversement, l'employeur qui souhaite placer le licenciement sur le terrain de la faute grave ne peut ultérieurement invoquer l'insuffisance professionnelle du salarié[1413]. L'employeur doit développer une argumentation cohérente avec le motif qu'il invoque. S'il reproche une faute, celle-ci est en principe extérieure à l'aptitude professionnelle, aux capacités pour le salarié d'exécuter son travail.

Ces mêmes aspects se retrouvent dans la jurisprudence communautaire relative à l'égalité professionnelle. Si l'employeur prétend par exemple rémunérer la flexibilité des salariés, il ne peut le faire en visant un but de rémunération de la qualité du travail. Ces deux ordres de grandeur sont sans rapport[1414].

C. ORDRE DE LA DÉLIBÉRATION

435. Critères d'ordre du licenciement

Le respect des règles sur la justification exige parfois que les arguments s'enchaînent dans un ordre bien déterminé. Un exemple est ici fourni par les règles relatives aux critères d'ordre du licenciement pour motif économique. Les magistrats contrôlent ici faiblement le caractère raisonnable de la décision de l'employeur. Les critères d'ordre énumérés par l'article L. 321-1-1 ne sont ni limitatifs ni hiérarchisés[1415]. L'employeur peut donc indifféremment privilégier l'un de ces critères sans que le juge puisse en contrôler le caractère raisonnable. Le contrôle emprunte ici une technique originale : il est un simple contrôle procédural de la manière dont a été prise la décision. La Cour de cassation exige en premier lieu que l'employeur respecte les règles qu'il s'est lui-même fixées[1416]. Par ailleurs, les juridictions examinent que la délibération, le raisonnement relatif à la justification de l'acte, a été effective. Elle exige ainsi que, si l'employeur privilégie l'un des critères énoncés dans cet de l'article L. 321-1-1, c'est à la condition d'avoir examiné l'ensemble des critères de cet article[1417]. L'employeur ne peut privilégier la productivité que s'il a auparavant examiné les charges de famille, l'ancienneté et la situation socioprofessionnelle des salariés. Le contrôle est donc ici un pur contrôle du respect de l'ordre de la délibération. La seule garantie de justice apportée par ce contrôle est celle d'un choix éclairé par l'ensemble des aspects de la situation de chacun des salariés concernés. Les juridictions se contentent de vérifier que le choix a été effectué en examinant successivement l'ensemble des étapes nécessaires à une prise de décision éclairée.

436. Double consultation

Une règle semblable peut être trouvée dans la jurisprudence relative à la double consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement pour motif économique pour fermeture d'un établissement. La Cour de cassation exige en ce cas que le comité d'entreprise soit consulté par deux procédures distinctes : l'une consacrée à

1412. Soc., 21 févr. 1991, n° 89-40.148, JS. UIMM, n° 91-538, p. 179
1413. Soc., 9 mai 2000, D. 2000.IR.162
1414. CJCE *Danfoss*, point 20
1415. Soc., 20 novembre 1963, D. 1964, J. p. 139 note G. Lyon-Caen
1416. Cf. soc., 27 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 419
1417. Soc., 14 janvier 1997, Bull. civ. V, n°16, D. 1998, somm. p. 253, note A. Lyon-Caen

la fermeture du site, et l'autre aux mesures de licenciement[1418]. Ces deux procédures peuvent cependant être concomitantes[1419]. La seule garantie que procure cette règle est celle d'une protection de la manière dont se prend la décision. Pour qu'elle soit prise de manière éclairée, il est requis qu'elle porte successivement sur deux objets distincts.

SECTION 2. L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

437. S'il ne fait guère de doute que les juridictions tendent à renforcer le contrôle du pouvoir de l'employeur, il est difficile de déterminer à quel point elles s'immiscent dans les choix de gestion de l'entreprise. La question est d'autant plus délicate à mesurer que la question de l'intensité de ce contrôle des juridictions sur le pouvoir patronal interfère avec celle du contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juridictions du fond. Il convient donc de rappeler les règles du contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond (§1), avant d'examiner dans la jurisprudence comment peut être analysée l'étendue du contrôle judiciaire des justifications (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION DES DÉCISIONS DES JURIDICTIONS DU FOND

438. Le contrôle des décisions des juridictions du fond par la Cour de cassation obéit aux règles de droit commun en ce qui concerne la motivation et le contrôle de l'interprétation de la loi. En particulier, la Cour de cassation exige que les motivations des décisions fassent apparaître le respect des règles d'administration et de risque de la preuve qui sont exigées par le contrôle des justifications[1420]. Les règles par lesquelles la Cour de cassation s'assure du respect de ces règles de preuve n'ont rien d'original. Afin de comprendre le contrôle exercé par les juridictions sur les prérogatives patronales, il est en revanche nécessaire détudier comment la Cour contrôle l'opération de qualification des faits opérée par les juges du fond (B).

Cette opération ne peut être comprise qu'après un bref rappel des règles relatives au contrôle de la qualification juridique des faits (A).

A. LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS

439. La mission de la Cour de cassation se limite au seul contrôle de l'interprétation et de l'application du droit par les juridictions du fond. Le respect de cette mission conduit nécessairement au principe du contrôle de la qualification

1418. Soc., 9 février 2000, Bull. civ. V, n°, n° 62

1419. Soc., 17 juin 1997 ; Dr. soc. 1997, p. 742, obs. H. Masse-Dessen

1420. Sur lesquelles voir supra n°291 ; Pour une application : Soc., 11 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 436 : cassation pour violation de l'article L. 122-14-3 de l'arrêt qui fait reposer sur le salarié la charge de la preuve.

juridique des faits (1). L'application de ce principe doit cependant être nuancé dans le contrôle de la qualification des faits en présence d'un standard du droit (2).

1. Le principe du contrôle des qualifications

440. La Cour de cassation a pour fonction dans l'ordre juridique d'assurer le respect de l'application du droit par les juridictions du fond. Sa mission la conduit à distinguer les questions de fait, que les juridictions du fond apprécient souverainement et les questions de droit, qu'elle contrôle. La distinction du fait et du droit est cependant des plus délicates. Il semble que les questions de droit ne se distinguent parfois des questions de fait uniquement parce que la Cour en dispose ainsi[1421].

Il convient à ce titre d'examiner plus particulièrement la question de la qualification juridique des faits. Cette expression désigne l'opération par laquelle une juridiction « *subsume* » une situation de fait sous une règle déterminée, en d'autres termes, identifie des faits à une qualification juridique.

Cette opération est très particulière, car elle consiste en un passage du fait au droit. Les auteurs s'accordent le plus souvent pour y voir une question de droit[1422]. L'erreur dans la qualification conduit à appliquer une règle de droit à une situation à laquelle elle n'est pas applicable ou à refuser d'appliquer la règle à une situation dans laquelle elle est applicable. Elle emporte à la fois une atteinte à la légalité, et une rupture de l'égalité entre les justiciables. Aussi admet-on de manière générale que la Cour de cassation doit contrôler cette opération. Ceci est d'ailleurs imposé par l'article 12 du Nouveau code de procédure civile selon lequel le juge a l'obligation de restituer aux faits leur exacte qualification[1423]. Il serait cependant erroné de penser que la Cour de cassation opère de manière générale un tel contrôle. Sans qu'il soit vraiment possible de déceler la logique suivie en la matière, la Cour de cassation suit une véritable « *politique des qualifications* », et contrôle ou refuse de contrôler la qualification juridique des faits[1424].

Cette politique se décline de manière spécifique en présence d'un standard juridique.

2. Le contrôle de la qualification et la technique du standard juridique

441. Les règles de contrôle des qualifications sont appliquées de manière nuancée en présence d'un standard juridique. Comme nous l'avons vu, les standards constituent des normes particulières. Modèles d'évaluation, ils relèvent clairement de questions de droit. Ces modèles ne peuvent cependant être déterminés qu'après examen des faits du litige. Les normes ne peuvent être déduites qu'à partir des

---

1421. Cf. J. Boré, *La cassation en matière civile*, n° 950

1422. J. Boré, prec., n° 1332

1423. Cf. L'intervention de J. Boré à la Table ronde organisée par le Parquet général de la Cour de cassation du 17 janvier 1986, Dr. soc. 1986, p. 187

1424. J. Boré, id.

données particulières du litige. Les standards ressemblent en ce sens à des questions de fait[1425].

La Cour de cassation ne définit pas une règle unique relative au contrôle des standards juridiques. Elle laisse le plus souvent leur contrôle à l'appréciation souveraine des juges du fond[1426]. Les notions de bonne foi[1427], de caractère réel et sérieux du prix dans la vente[1428] ou de caractère excessif de la clause pénale[1429] sont abandonnées au contrôle souverain des juges du fond. La Cour de cassation contrôle cependant certaines notions telle la qualification de faute au sens de l'article 1382 du Code civil, en fonction des éléments de fait constatés par les juges du fond[1430].

442. La question du contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement

Les difficultés du contrôle des qualifications juridiques sont parfaitement illustrées par la question du contrôle de la qualification de cause réelle et sérieuse de licenciement. La Cour de cassation a longtemps effectué un contrôle approfondi de cette notion. De 1973 à 1985, elle a contrôlé si les faits de l'espèce étaient constitutifs ou non d'une cause réelle et sérieuse[1431]. Cette politique jurisprudentielle a été critiquée. La Cour de cassation, bien qu'elle opérât le contrôle en fonction des faits souverainement constatés par les juges du fond, avait tendance à jouer le rôle d'un troisième degré de juridiction. Elle se bornait à déterminer si la situation en question était constitutive ou non d'une cause réelle et sérieuse, sans dégager aucun critère de qualification. M. Pélissier a relevé les ambiguïtés de ce contrôle[1432]. Le pouvoir de contrôle de la qualification a été essentiellement utilisé afin de protéger le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'employeur, et d'éviter toute immixtion des juges du fond dans les options de gestion du chef d'entreprise. Cette politique était directement héritée de la théorie de l'employeur seul juge de ses choix de gestion. Elle contrevient aux termes de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, qui impose un contrôle du pouvoir de licencier.

Prétextant du nombre trop important des pourvois, la Cour de cassation mit fin au contrôle de la qualification de la cause réelle et sérieuse de licenciement à partir de décembre 1985[1433]. Ce désengagement a permis de rompre avec les ambiguïtés du contrôle antérieur de la cause réelle et sérieuse. Il autorise un contrôle approfondi des juridictions du fond sur la cause sérieuse du licenciement.

Lorsque la Cour de cassation renonce à exercer le contrôle de la qualification juridique, la motivation de l'arrêt indique que la Cour d'appel, « *exerçant le pouvoir*

1425. Pour la distinction entre la dimension factuelle et la dimension normative du standard N. McCormick, *On reasonableness*, prec. p. 133

1426. Cf. J. Boré*, La cassation en matière civile*, prec., n° 1399

1427. Soc., 6 octobre 1965, Bull. civ. IV, n° 28

1428. Civ. 1ère, 17 janvier 1966, Bull. civ. I, n° 37

1429. Soc., 18 mai 1983, Bull. civ. V, n° 268

1430. Civ. 2e, 16 juillet 1953, JCP 1953, II, 7792, note R. Rodière

1431. La Cour de cassation a ainsi affirmé que l'insuffisance de résultat constituait une cause réelle et sérieuse (Soc., 6 juillet 1979, Bull. civ. V, n°454), de même que l'insuffisance professionnelle (Soc., 6 février 1977, Bull. civ. V, n°87), ou la faute sérieuse (Soc., 4 novembre 1976, Bull. civ. V, n°455)

1432. J. Pélissier, *Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation*, Dr. soc. 1986, p. 179

1433. Soc., 10 et 12 décembre 1985, D. 1986, J. p. 120, note J. Boré. La Cour opta dans ces arrêts pour la notion contestée d'erreur manifeste d'appréciation. Cette formule est choquante en matière de qualification car elle maintient la validité de solutions illégales. Elle fut ensuite corrigée (Soc., 9 octobre 1986, D. 1987, J. p. 3, note G. Lyon-Caen, et Soc., 21 janvier 1987, J. p. 111 note G. Lyon-Caen ccl. Picca). adde. J. Boré, *La cassation en matière civile*, prec., n° 1383

d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, […] a décidé que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse »[1434] ou au contraire que ce dernier « *ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse* »[1435]. A l'inverse, lorsqu'elle contrôle la qualification juridique des faits, elle énonce que la Cour d'appel « *a pu* » décider que le licenciement que le licenciement n'était pas justifié par telle cause[1436].

L'examen de la jurisprudence montre une politique subtile de la Cour de cassation sur les justifications : le désengagement de la Cour de cassation ne porte pas sur l'ensemble des éléments du contrôle judiciaire de celles-ci.

B. LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DES ACTES SOUMIS À L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

443. La politique menée sur le contrôle de la qualification des actes soumis à l'exigence de justification par la Cour de cassation est difficile à cerner. La Cour n'a pas fixé explicitement les règles qu'elle applique en la matière. Trois axes permettent de comprendre la politique qu'elle poursuit en la matière. Elle contrôle la cause catégorique (A). Elle exige par ailleurs le respect de grands principes dans le contrôle des justifications (B). Enfin, le contrôle sur le caractère légitime des faits fait l'objet d'une politique plus incertaine (C)

1. Le contrôle de la cause catégorique

a)Contrôle de la cause catégorique du licenciement

444. Ainsi que l'a montré M. Pélissier, la notion de cause de licenciement a des fonctions nettement distinctes dans l'ordre juridique. Elle permet à la fois de déterminer le régime applicable au licenciement (*cause catégorique*), et sert de canon afin d'en apprécier la légitimité (*cause justificative*)[1437].

La cause catégorique a pour fonction de déterminer les règles qui seront applicables à une situation de faits donnée. Ces règles sont à la fois des règles de procédure et des règles de fond. En matière de licenciement, elle permet de préciser les règles de procédure et de fond applicables. Trois régimes essentiels coexistent : les règles de droit commun, les règles du licenciement disciplinaire, et celles du licenciement pour motif économique.

La détermination de la cause catégorique revêt une grande importance. La Cour de cassation prend donc soin de la contrôler afin d'assurer aux salariés l'application de régimes juridiques identiques dans des situations de fait données, constatées par les juges du fond.

Afin d'assurer que chaque régime du licenciement a été appliqué à une situation de fait correspondant au présupposé des règles, la Cour de cassation opère

1434. Soc., 26 octobre 1999, Bull. civ. V, 408

1435. Soc., 3 février 1999, Bull. civ. V, 56

1436. Voir par exemple Soc., 7 octore 1998, Bull. civ. V, n° 405

1437. J. Pélissier, *La cause économique du licenciement*, prec., RJS 8-9/92 p. 527. Voir supra, n°402

un contrôle à un double niveau : celui de la précision de la cause énoncée dans la lettre de licenciement, et celui de l'exactitude des faits matériels.

445. La cause catégorique à l'aune de la précision de la lettre de licenciement

En ce qui concerne le contrôle de la précision de la lettre de licenciement, la Cour de cassation exige que le motif énoncé permette d'identifier la cause catégorique du licenciement. Cette règle est destinée à déterminer le contenu de la motivation[1438]. Elle assure par ailleurs que le régime juridique appliqué correspond aux motifs énoncés dans la lettre de licenciement. Ce contrôle est d'un maniement aisé, car il se base sur un écrit. La Cour de cassation contrôle en premier lieu que la qualification de motif précis correspond à une cause catégorique. Dans un arrêt du 25 juin 1997, la Chambre sociale considère qu'une Cour d'appel a « *exactement décidé* » qu'un grief formulé en termes très généraux (difficultés relationnelles) ne permet pas de « *contrôler la cause du licenciement* »[1439]. Cette formule montre que la Cour de cassation contrôle la qualification de motif précis. De même, elle considère que « *la mention de l'insuffisance professionnelle constitue un motif de licenciement* »[1440]. Enfin, en matière de licenciement pour motif économique, la Cour de cassation vérifie que le motif énoncé permet d'identifier « *à la fois la cause économique qui fonde la décision et sa conséquence précise sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié* »[1441]. Viole donc les articles L. 122-14-3 et L. 321-1, la Cour d'appel qui a considéré que la seule mention de la suppression d'emploi constituait un motif de licenciement. Elle contrôle par ailleurs que la cause catégorique retenue par les juges du fond est correcte en fonction des motifs énoncés. Par exemple, elle impose qu'un licenciement motivé par l'insuffisance professionnelle ne se voie pas appliquer le régime du licenciement disciplinaire[1442].

446. La cause catégorique à l'aune de l'exactitude de la cause de licenciement

La Cour de cassation ne contrôle pas seulement la cause qualificative au travers des règles relatives à la motivation de la lettre de licenciement. Elle exige que la cause énoncée dans la lettre de licenciement soit exacte, qu'elle corresponde au motif véritable de licenciement. Ainsi, dans un arrêt du 26 octobre 1999[1443], l'employeur avait motivé le licenciement d'un salarié en invoquant le caractère abusif des absences du salarié. La Cour d'appel avait cependant admis le caractère réel et sérieux du licenciement car ces absences avaient perturbé le bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de cassation casse cette décision : « *il résulte des termes de [la lettre de licenciement] que l'employeur, reproch[ait] au salarié des fautes* ». Il appartenait dès lors à la juridiction de se prononcer « *sur le caractère fautif ou non de ce comportement* ».

De même, la Cour de cassation impose aux juges du fond de rechercher le véritable motif de licenciement si le salarié conteste l'exactitude de la cause énoncée dans la lettre de licenciement[1444]

1438. Cf supra n° 286
1439. Soc., 25 juin 1997, Bull. civ. V, n° 236
1440. Soc., 20 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 396
1441. Soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, n° 328
1442. Soc 30 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 455
1443. Soc., 26 octobre 1999, Bull. civ. V, n° 409
1444. Soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 276

Il faut ajouter que ce contrôle de la cause qualificative en matière de licenciement a toujours conduit la Cour de cassation à maintenir son contrôle sur le degré de la faute invoquée par l'employeur. Elle vérifie toujours que les faits peuvent être qualifiés de faute grave ou de faute lourde[1445]. Ce contrôle est requis en raison de l'application de textes spécifiques (L. 122-6 et L. 223-14) qui déterminent l'étendue des droits du salarié dans le licenciement.

b) La cause catégorique hors du droit du licenciement

447. Qualification de sanction et de faute disciplinaire

Un contrôle étroit est également opéré sur la qualification des faits comme faute ou comme sanction dans le droit disciplinaire. Un arrêt considère qu'une Cour d'appel a « *exactement décidé* » que le « *ton comminatoire* » d'une lettre est constitutif d'une sanction[1446].

448. Le contrôle de la qualification de discrimination prima-facie

La diffusion du modèle des discriminations indirectes dépendra beaucoup du degré d'exigence que posera la Cour de cassation dans la détermination des situations discriminatoires « *prima facie* ». Quel contrôle exerce-t-elle sur les qualifications opérées par les juges du fond ? Il s'agit ici de déterminer ce qui est considéré comme un travail de même valeur, et d'apprécier des statistiques faisant apparaître des pratiques discriminatoires. Les décisions connues sont assez prudentes sur ce terrain. Dans l'arrêt *Ponsolle*, la Cour de cassation approuve la décision d'un conseil de prud'hommes « *qui a relevé* » que les salariés en question accomplissaient le même travail, avec un coefficient identique et une qualification supérieure, et percevaient une rémunération moindre[1447]. De même, dans un arrêt du 4 juillet 2000[1448], en matière de discrimination syndicale, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel a « *constaté* » que le salarié établissait qu'il avait connu un retard d'avancement. Elle paraît considérer que cette appréciation est purement factuelle. Cette qualification peut être discutée. L'établissement de la différence de situation entre le salarié et ses collègues est certes une question de fait. La qualification qu'elle emploie pour caractériser la discrimination *prima facie* est révélatrice : elle la désigne comme des « *éléments de fait susceptibles de caractériser une discrimination* ». En réalité deux opérations coexistent ici : l'apport d'éléments de fait (carrière de personnes ayant été engagées en même temps…), et la qualification de ces faits comme une discrimination *prima facie* qui reporte ensuite la charge de l'administration de la preuve sur l'employeur.

Bien que la formule ne soit pas explicite, il semble que la Cour de cassation laisse cette appréciation aux juges du fond.

1445. Cf par exemple Soc., 25 janv. 1995, Dr. soc. 1995, p. 265. « *les propos racistes tenus par l'intéressé, dans l'exercice de ses fonctions, au personnel de l'entreprise constituaient, à eux seuls, une faute grave* ». Viole donc les articles L. 122-8 et L. 122-9 la Cour d'appel qui a énoncé que la tenue de propos antisémites en présence du personnel de l'entreprise ne rend pas impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

1446. Soc., 17 déc. 1997, n° 95-40.863

1447. Soc., 29 octobre 1996, Bull. civ. V, n° 359, D. 1998, Somm., p. 259, obs. M.T. Lanquetin, Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen

1448. Soc., 4 juillet 2000, n° 3197 FS - B+ P, D. 2000, IR 220

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le pouvoir d'appréciation des juges du fond en présence d'une discrimination établie par des statistiques. L'appréciation de la pertinence de ces statistiques, dans la jurisprudence communautaire est très circonstanciée[1449]. Elle semble au premier abord relever du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il faut cependant être prudent car l'exigence d'effectivité posée par la Cour de justice dans l'application des règles communautaires exige que puissent être contrôlées les décisions des juridictions inférieures.

2. La définition de principes régissant le contrôle des motifs

449. Le contrôle de la légitimité des justifications patronales ne se limite pas au contrôle des règles relatives à la cause catégorique. La Cour de cassation cherche également à définir quels motifs sont légitimes. Ce contrôle est relativement récent et surprenant en matière de licenciement, en raison du dégagement du contrôle de la cause réelle et sérieuse depuis 1985. Auparavant, les auteurs reprochaient à la Cour de cassation de ne pas avoir rempli son office en ne définissant pas la notion de cause réelle et sérieuse[1450]. Depuis 1990, sans être parvenue à produire une définition unique et précise de cette notion – tâche sans doute impossible – la Cour énonce des principes qui définissent des exigences minimales dans le contrôle de la justification[1451]. Il est à noter que ces règles constituent à la fois des règles qui orientent le contrôle des justifications par les juges du fond, et des règles pour l'action, qui déterminent la conduite des employeurs. Trois grands principes sont aujourd'hui mis en avant : le licenciement doit reposer sur des éléments objectifs (a). Le licenciement lié à la conduite du salarié doit se référer à des faits qui lui sont imputables (b). Le licenciement économique doit être précédé par le respect de l'obligation de reclassement (c).

a)Le licenciement doit reposer sur des éléments objectifs

450. La Cour de cassation a posé le principe du caractère objectif motif de licenciement dans le contentieux des licenciements pour perte de confiance. Ce motif était essentiellement subjectif, et laissait à l'employeur une grande marge de discrétion. La Cour de cassation posa à cette occasion le principe selon lequel « *le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs* »[1452]. Elle précisa par la suite que ce caractère objectif n'est possible que si l'employeur se base sur des éléments de preuve « *matériellement vérifiables* ». Ce contrôle est aujourd'hui essentiellement assumé autour du contrôle de la motivation de la lettre de licenciement. La Cour de cassation s'assure du respect de ces règles par les juridictions du fond.

La Cour de cassation semble aujourd'hui étendre ce principe à tous les licenciements. En matière économique, elle a ainsi posé le principe selon lequel la

1449. Cf. Supra n° 297

1450. J. Pélissier, prec., Dr. soc. 1986, p. 180 ; M.N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, La technique de cassation, p. 97 sqq.

1451. Cf. A. Lyon-Caen et C. Papadimitriou, D. 1994, Somm. p. 309

1452. Soc., 29 novembre 1990, D. 1991, J., p. 190, note J. Pélissier

lettre de licenciement doit énoncer un « *motif précis, matériellement vérifiable* »[1453]. Bien que l'exigence concerne la précision de la lettre de licenciement, elle conduit à renforcer l'exigence de justification du licenciement par des éléments objectifs.

b) Les licenciements liés à la conduite du salarié doivent lui être imputables

451. La Cour de cassation censure aujourd'hui les décisions qui admettent le caractère justifié du licenciement basé sur la conduite du salarié, sans « *relever aucun fait imputable au salarié* »[1454]. En particulier, la faute reprochée à un salarié ne peut être une cause de licenciement si elle est résulte uniquement de faits commis par des membres de la famille du salarié[1455].

Cette règle semble également appliquée de manière implicite en matière d'insuffisance professionnelle. En exigeant que l'insuffisance reprochée au salarié relève de la qualification reconnue au salarié ou qu'elle procède de faits qui ne proviennent pas d'une défaillance de l'organisation, la Cour paraît admettre que l'insuffisance doit être imputable au salarié.

c) Le licenciement pour motif économique doit être précédé du respect de l'obligation de reclassement et d'adaptation

452. Il convient sans doute d'ajouter à ces directives de contrôle des motifs du licenciement l'obligation de reclassement propre au licenciement pour motif économique. La Cour admet ainsi qu'une Cour d'appel « *a pu décider* » que le licenciement ne procédait pas d'un motif économique lorsque l'obligation de reclassement n'est pas respectée[1456]. De même, elle considère qu'une Cour d'appel a estimé « *à bon droit* » que le licenciement était dépourvu d'un tel motif lorsque le devoir d'adaptation des salariés à l'évolution de leur métier n'a pas été respectée[1457].

Cette exigence conduit donc à la fois à enrichir la notion de licenciement pour motif économique, et à fournir une directive de contrôle de leur légitimité. La Cour de cassation contrôle la qualification du motif.

3. Les incertitudes du contrôle du caractère légitime des motifs

453. Hors des grands principes relatifs au contrôle de la légitimité du licenciement, la politique du contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond est plus incertaine[1458]. L'analyse de la jurisprudence montre qu'en principe la Cour de cassation renvoie l'appréciation du caractère sérieux du

1453. Soc., 26 mai 1999, Bull. civ. V, n° 235

1454. Soc., 27 janv. 1993, Dr. soc. 1993, p. 187

1455. Soc., 21 mars 2000, Bull. civ. V, n° 113 (injures et menaces proférées par la sœur de la salariée en la présence passive de cette dernière : comportement qui ne peut lui être imputable)

1456. Soc., 19 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 564 ; de même voir Soc., 13 avril 1999 RJS 5/1999, n° 643

1457. Soc., 17 février 1998, Bull. civ. V, n°86

1458. P. Waquet, *Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement*, Dr. soc. 1992, p. 986 sq.

licenciement aux juges du fond (a), mais qu'elle opère un contrôle plus étroit sur la réorganisation pour motif économique (b).

a)La Cour de cassation ne contrôle en principe pas le caractère sérieux du licenciement

454. La Cour de cassation refuse en principe de contrôler le caractère sérieux du licenciement. Ainsi que le note M. Waquet, « si les faits retenus comme réels peuvent légalement constituer une cause de rupture, les juges du fond apprécient leur caractère sérieux »[1459]. La Cour affirme en ce cas que la juridiction « a décidé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, par une décision motivée, que le licenciement de la salariée procédait d'une cause réelle et sérieuse »[1460].

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 mai 1998, retient ce principe d'une appréciation souveraine du sérieux du motif économique : « *les juges du fond, auxquels il appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué, ont estimé que les difficultés économiques dont l'employeur faisait état ne justifiaient pas la suppression de l'emploi de la salariée* »[1461]. Il reviendrait donc aux juges du fond d'apprécier si la situation en question, une fois retenue la qualification de difficulté économique ou de mutation technologique, est suffisamment grave pour justifier le licenciement. Il convient toutefois noter que l'expression employée par la Cour est ambiguë : elle ne dit pas que l'estimation s'exerce souverainement. Il semble cependant que tel est le sens de cet arrêt, qui ne précise pas de quels éléments la Cour d'appel pouvait déduire le caractère sérieux du licenciement.

Il est aujourd'hui clair que la Cour de cassation, si elle ne contrôle pas elle-même le caractère sérieux des motifs, incite les juridictions à exercer pleinement leurs pouvoirs en la matière. Ainsi, pour ce qui est de l'insuffisance de résultat, la Cour affirme dorénavant qu'une telle clause ne peut *« priver le juge de son pouvoir d'appréciation* »[1462]. Ce contrôle, dans un domaine traditionnellement réservé à la discrétion du pouvoir de l'employeur, montre clairement que la Cour de cassation incite à contrôler systématiquement le contrôle du sérieux du motif, sans opérer elle-même cette appréciation.

455. La politique jurisprudentielle retenue en matière de sanction disciplinaire est sensiblement identique. La Cour de cassation a utilisé des formules similaires à celles utilisées dans le droit du licenciement pour conférer aux juges du fond le pouvoir de contrôler le caractère justifié et proportionné de la sanction à la faute[1463]. Selon M. Savatier, « *la Cour de cassation peut contrôler la qualification de la faute*

1459. id. p. 987

1460. Voir par exemple Soc., 10 févr. 1993, n° 91-41.666 (actes de concurrence déloyale) ; Soc., 7 mai 1997, D. 1997.IR.151 (usage abusif du téléphone, cause réelle et sérieuse) ; Soc., 3 mai 1994, RJS 6/1994, n° 667 (propos insultants et outranciers au cours d'un entretien, cause réelle et sérieuse)

1461. Soc., 12 mai 1998, Bull. civ. V, n° 245

1462. Soc., 13 février 1999, Bull. civ. V, n° 56

1463. Soc., 13 octobre 1988, Bull. civ. V, n° 496 : la juridiction n'a *« fait qu'user de la faculté résultant de l'article L. 122-43…* »

disciplinaire justifiant une sanction, mais non l'existence de la proportionnalité justifiant la sanction effectivement prise contre le salarié »[1464].

b) Un contrôle du caractère sérieux de la réorganisation

456. La Cour de cassation exige, depuis 1995, que le licenciement pour réorganisation soit justifié par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité concerné[1465]. Cette interprétation de l'article L. 321-1 n'est sans doute pas définitive. Il convient encore de préciser à partir de quand une mesure est nécessaire pour sauvegarder la compétitivité. Une interprétation laxiste conduirait à considérer que toute mesure rationnelle de réorganisation est nécessaire pour sauvegarder la compétitivité. Une interprétation sévère conduirait à exiger en pratique des difficultés économiques pour accorder cette qualification. La Cour de cassation a montré, par la distinction qu'elle opère entre le licenciement de simple économie et le licenciement pour motif économique qu'elle entendait pousser assez loin ce contrôle[1466].

Il est cependant notable que les arrêts rendus en la matière ne renvoient pas au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. La Cour de cassation prend soin de rappeler les éléments de fait constatés par la juridiction du fond, et en déduit que cette dernière « *a pu décider* » que le licenciement n'avait pas une cause économique. Il en est ainsi lorsque la Cour d'appel constate que la mesure est *« destinée exclusivement à réaliser une économie sur le salaire* »[1467] ou lorsque des difficultés d'ordre technique n'ont pas « *valeur de contraintes technologiques* »[1468].

457. La technique utilisée par la Cour de cassation est ici proche de celle du précédent. Sans définir la notion de sauvegarde de la compétitivité, elle examine au cas par cas ce qui peut être inclus ou non dans cette notion. Cette méthode devrait conduire à former un corps de jurisprudence duquel pourront ensuite être déduits soit une définition de la notion, soit des principes plus généraux de contrôle. L'arrêt *Miko* est significatif de cette méthode pragmatique. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui avait estimé que le licenciement « *répondait moins à une nécessité économique qu'à la volonté de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi* ». En d'autres termes, la Cour d'appel énonçait la règle selon laquelle le seul souci de la rentabilité économique ne pouvait être une cause de licenciement, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'un souci de stabilité de l'emploi dans l'entreprise. La Cour de cassation rejette le pourvoi, mais se garde de reprendre à son compte la formule de la Cour d'appel. Elle estime que cette dernière a « *fait ressortir que la réorganisation n'avait été décidée que pour supprimer les emplois permanents et non pour sauvegarder la compétitivité* ». La formule montre que la Cour de cassation se contente d'affirmer que la sauvegarde de la compétitivité n'est pas établie. Elle se garde en revanche de se prononcer sur le licenciement motivé par des soucis de rentabilité.

1464. J. Savatier, *Le contrôle judiciaire du pouvoir de l'employeur…*, prec., Dr. soc. 1986, p. 504
1465. voir supra n° 372
1466. Cf. Supra, n° 409
1467. Soc., 7 octobre 1998, Bull. civ. V, n° 405
1468. Soc., 7 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 369

La Cour de cassation contrôle donc la notion de sauvegarde de la compétitivité. On peut cependant avancer que ce contrôle n'est pas très développé. Il se limite sans doute à un contrôle de *l'admissibilité des raisons invoquées*. Il est probable qu'elle laisse ensuite les juridictions apprécier si, en l'espèce ces raisons étaient suffisamment graves pour justifier le licenciement.

Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond étant précisé, il est possible de comprendre quelle est la nature du contrôle judiciaire sur les décisions patronales.

§2. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DU POUVOIR PATRONAL

458. Le contrôle judiciaire des justifications conduit-il à une limitation de la liberté de choix des chefs d'entreprise ou n'est-il qu'un contrôle superficiel ? Il semble que les canons de contrôle soient relativement exigeants. Le contrôle exercé porte toujours sur les qualifications données par l'employeur à l'acte (A). Il est souvent poussé plus loin : les juridictions contrôlent que le choix de l'employeur était l'un des choix raisonnablement envisageables (B).

A. LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DONNÉE AUX FAITS

459. En utilisant les canons du droit administratif relatifs au contrôle du pouvoir[1469], il est possible d'affirmer que le contrôle de l'exigence de justification par les juges judiciaires dépasse le *contrôle minimum*. Les juges contrôlent systématiquement la matérialité des faits invoqués. Le contrôle peut être apparenté à un *contrôle normal*.

La Cour de cassation affirme ainsi expressément que les qualifications avancées dans la lettre de licenciement ne lient pas le juge[1470]. Ce principe résulte directement des règles du droit judiciaire. L'article 12 du Nouveau code de procédure civile confie comme mission au juge de restituer aux faits leur exacte qualification. La jurisprudence fournit de nombreux exemples de requalification des faits. Celle-ci entraîne d'ailleurs automatiquement le caractère injustifié du licenciement, l'employeur ayant l'obligation d'énoncer les motifs exacts dans la lettre de licenciement. Ce contrôle est très nettement exprimé dans la jurisprudence relative aux erreurs de qualification entre des faits de faute disciplinaire ou d'insuffisance professionnelle. Les magistrats ont ici l'obligation de vérifier si les faits reprochés au salarié peuvent être qualifiés de faute. Si l'employeur n'invoque pas un manquement aux règles de l'entreprise, le seul reproche d'une insuffisance professionnelle ne peut être qualifié de faute[1471]. Cette jurisprudence a longtemps été

1469. Sur la possibilité de l'application d'un tel critère d'évaluation voir A. Supiot, *Le contrôle prud'homal des licenciements économiques*, Dr. soc. 1987, p. 268

1470. Soc., 16 juin 1993, Bull. civ. V, n° 170

1471. Soc., 19 mars 1987, Bull. civ. V, n° 171 ; Soc., 1er février 1990, Bull. civ. V, n° 78

critiquée[1472], car elle conduisait à écarter l'application du droit disciplinaire à ces licenciements, et à leur substituer le régime des licenciements pour insuffisance, dans lesquels la Cour préservait l'exercice souverain du pouvoir de direction. La critique devient moins discutable à mesure que se renforce le contrôle du licenciement pour insuffisance : contrôle de la possibilité d'imputer le manquement au salarié, et du respect de l'obligation d'adaptation[1473].

B. UN CONTRÔLE APPROFONDI DES JUSTIFICATIONS

460. Le contrôle opéré sur les justifications tend à devenir un contrôle approfondi dans le droit contemporain. Le temps de l'employeur seul juge semble bien révolu. Les facteurs d'un tel contrôle sont difficiles à préciser. Ils tiennent sans doute en premier lieu au contexte législatif, qui tend de manière croissante à soumettre au juge le contrôle des prérogatives patronales. Ils proviennent peut-être également de la crise économique, qui tend à rendre moins acceptable l'arbitraire patronal[1474]. Ils procèdent enfin probablement d'une transformation de la régulation sociale, qui accorde au juge un rôle croissant, dans un souci de protection des droits et libertés fondamentaux

Il convient en outre d'ajouter que ce contrôle approfondi des prérogatives patronales ne concerne que celles qui sont véritablement soumises à un contrôle du juge. Comme nous l'avons noté, de nombreuses prérogatives du chef d'entreprise demeurent exclues d'un tel contrôle[1475]. L'existence d'un véritable contrôle des justifications à l'égard de certains actes est plus incertaine, par exemple pour le jugement d'aptitude[1476]. Le contrôle effectué par les juridictions en ce cas est un simple contrôle de *l'objectivation* des appréciations de l'employeur. Elles vérifient en ce cas uniquement que la mesure fait suite à des faits dont l'existence peut être établie avec certitude, sans vérifier la légitimité du choix[1477].

Un véritable contrôle des justifications va bien au-delà. Si les juridictions refusent de contrôler l'opportunité des actes (1), elles tendent à vérifier si le choix de l'employeur est l'un des choix raisonnablement admissibles (2).

1. Refus du contrôle de l'opportunité des actes

461. La Cour de cassation semble avoir abandonné, au moins formellement, la doctrine de l'employeur seul juge. L'expression semble avoir été bannie du vocabulaire de la Cour de cassation. La seule exception notable qui reste demeure l'application des critères d'ordre du licenciement pour motif économique, dans laquelle l'employeur est juge de l'appréciation des compétences des salariés[1478].

1472. Voir encore aujourd'hui F. Favennec-Hery, observations sous Soc., 9 mai 2000, Dr. Soc. 2000, p. 787

1473. Cf. supra n°220

1474. Cf. P. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc. 1996, p. 472

1475. Cf. supra, n° 122 sqq.

1476. Voir supra n° 259 et n° 135

1477. Voir, très clair en ce sens, Soc., 4 janvier 2000, cité supra note 620

1478. Soc., 4 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 552

Bien que cela ne soit pas affirmé directement, la Cour de cassation refuse aux juridictions le droit de contrôler l'opportunité des décisions qui leur sont soumises. Les juridictions n'ont pas à substituer leur appréciation à celle de l'employeur en affirmant qu'il aurait été plus judicieux de céder une filiale plutôt que de fermer un site de production. Les choix de gestion demeurent une prérogative patronale. Sans doute est-ce là une expression du principe de la liberté d'entreprendre reconnue au chef d'entreprise. Les règles exigent que soit contrôlé le caractère raisonnable des mesures, mais non leur opportunité. Les magistrats reconnaissent eux-mêmes qu'ils n'auraient aucune légitimité à opérer un tel contrôle[1479].

En matière de licenciement pour motif économique, le renforcement des exigences relatives à la raison économique du licenciement ne conduit pas le juge à substituer son appréciation sur l'opportunité des mesures prises. Il doit apprécier, face à une réorganisation, si la mesure a été prise pour sauvegarder la compétitivité, mais non si elle constituait un choix opportun.

Cette politique de contrôle du pouvoir de l'employeur est par ailleurs aisément perceptible dans un arrêt du 22 octobre 1996[1480]. La Cour de cassation casse, pour violation de l'article L. 321-1, l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait énoncé que les difficultés de l'entreprise étaient inhérentes à un investissement dont l'entreprise avait pris le risque un an auparavant. La Cour de cassation estime que l'entreprise rencontrait des difficultés financières, et que l'investissement réalisé était destiné à « *lutter contre la concurrence* ». La méthode de contrôle est ainsi clairement perceptible. Lorsque la Cour de cassation contrôle la justification du licenciement pour réorganisation, il est requis que la mesure prise par l'employeur soit destinée à sauvegarder la compétitivité. Il est possible que l'employeur n'ait pas fait le bon choix en la matière, par exemple en réalisant un investissement qui s'est révélé malheureux. La Cour de cassation considère que cet élément n'a pas à entrer dans l'appréciation de la justification. Il suffit que le licenciement consécutif à cette opération ait été destiné à lutter contre la concurrence. La Cour de cassation refuse ainsi de contrôler l'opportunité de la mesure, et admet que l'employeur peut effectuer un choix qui se révèle par la suite inopportun.

Le critère du contrôle, intermédiaire entre le contrôle de la qualification des faits et le contrôle d'opportunité semble pouvoir être bien décrit au travers du critère de choix raisonnable dans un éventail de possibilités envisageables.

2. Le critère du choix raisonnable dans un éventail de possibilités envisageables

462. Le niveau d'exigence du contrôle des justifications dépasse le contrôle normal, mais n'atteint pas le stade d'un contrôle de l'opportunité. L'intensité du contrôle opéré par les juridictions ne semble pas, par ailleurs, pouvoir être décrit correctement au travers du standard administratif du bilan coût-avantages. Il nous semble que le standard anglais du « *band of reasonnable responses test* », du choix raisonnable dans un éventail de possibilités envisageables, rend bien compte du degré d'exigence que pose en la matière la Cour de cassation. Le contrôle judiciaire

1479. Cf. P. Waquet, Le juge et l'entreprise, Dr. Soc. 1996, p. 475 : « *Les juges n'entendent pas se substituer à l'employeur* »

1480. Soc., 22 octobre 1996, n° 93-43.491

a pour objet de vérifier si l'employeur a effectué l'un des choix raisonnablement envisageables dans la situation donnée.

Ce critère a été dégagé afin de guider les juridictions anglaises chargées d'apprécier le caractère raisonnable du licenciement[1481]. Il est vrai que la manière dont il est utilisé outre Manche est sujette à critique. Les auteurs considèrent que ce critère est utilisé comme un moyen pour préserver la discrétion du pouvoir patronal[1482]. Il conduirait à se demander si la conduite de l'employeur est déraisonnable, plutôt qu'à rechercher si elle est raisonnable. Cette manière d'aborder la question de la justification du licenciement conduirait à considérer la plupart des choix de l'employeur comme raisonnables.

Ce critère peut néanmoins être transposé comme un outil d'analyse afin de décrire l'intensité du contrôle judiciaire des justifications. Il peut d'ailleurs être utilisé avec plus ou moins de rigueur, selon la manière dont on définit l'éventail des possibilités envisageables. Les juridictions semblent vérifier que l'employeur a effectué l'un des choix qui étaient raisonnablement envisageables dans le contexte donné de son action. Elles ne se prononcent cependant pas sur le fait de savoir si ce choix était opportun.

463. Application du critère aux discriminations indirectes

Une lecture exigeante des règles sur l'égalité de traitement pourrait conduire à imposer que la justification ne peut être admise que si l'employeur montre que le choix qu'il a fait était l'un des choix raisonnablement envisageables.

La Cour de justice exige que la différence de traitement pratiquée dans l'entreprise réponde à un « *véritable besoin de l'entreprise* »[1483]. La directive n°2000-43 relative aux discriminations raciales a formulé en termes proches cette exigence : la différence doit être « *objectivement justifié[e] par un objectif légitime* » (article 2). Ce critère a être érigé en modèle général d'appréciation des différences de traitement[1484]. Il permet de fixer un ensemble de possibilités raisonnablement envisageables dans un contexte donné. Les juridictions sont habilitées à contrôler si l'objectif poursuivi est raisonnable, mais n'ont pas à rechercher s'il eût été préférable de poursuivre un autre objectif. Parmi les objectifs raisonnables, la Cour de justice a admis la lutte contre la pénurie de candidats[1485], la recherche de l'adaptabilité ou la formation professionnelle[1486]. Le contrôle porte

1481. L'employement Rights Act 1996, S. 98 (a) exige que les juridictions apprécient si « *l'employeur a agi raisonnablement ou déraisonnablement en se basant sur les motifs qu'il invoque comme une raison suffisante pour licencier le salarié* ».

Cette disposition a été interprétée par l'Employment Appeal Tribunal comme interdisant aux juridictions de substituer leur appréciation à celle de l'employeur. Il appartient aux juridictions d'apprécier si la raison du licenciement appartient à un ensemble de réponses raisonnables. (EAT Iceland Frozen Foods vs Jones, [1982] ICR 17)

1482. Cr. A. Freer, *The Range of Reasonable Responses test – From Guidelines to Statute*, ILJ, 1998, p. 335 ; H. Collins, *Justice in Dismissal*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 38

1483. CJCE *Bilka* prec., n° 36.

1484. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, article 2-2 b)

1485. CJCE *Enderby*, prec.

1486. CJCE *Danfoss*, prec.

ensuite de manière beaucoup plus rigoureuse sur le choix des moyens adaptés, afin de voir si la décision de l'employeur est vraiment rationnelle[1487].

464. Droit disciplinaire

En matière de droit disciplinaire, il est également possible de considérer que le standard de la sanction proportionnée exige un contrôle qui permette de déterminer si le choix effectué est l'un des choix raisonnables possibles. Il est vrai que le texte de l'article L. 122-43 se prête plus difficilement à une telle lecture. Il prévoit que le juge ne peut sanctionner que la sanction « *disproportionnée à la faute commise* ». Certains auteurs soulignent que la loi n'autorise ici que la censure de la disproportion, mais non l'exigence d'une stricte adéquation entre la faute et la sanction. Le juge devrait donc effectuer un contrôle normal[1488].

Il nous semble cependant que la formule légale permet de dépasser ce contrôle normal. Le contrôle de la proportionnalité exige de vérifier si le choix de l'employeur est bien l'un des choix raisonnables qui s'offraient à lui. Une telle exigence est de l'essence d'un contrôle de proportionnalité bien compris.

465. Licenciement pour motif économique

Le domaine d'application le plus visible du principe du choix raisonnable parmi un éventail de possibilités envisageables est celui du droit du licenciement pour motif économique, plus précisément le licenciement pour réorganisation. L'examen des décisions des juges du fond montre un contrôle très minutieux des choix effectués par le chef d'entreprise.

Le contrôle effectué par les juges du fond exige d'abord que l'employeur fasse apparaître l'éventail des choix offerts à son entreprise. Les juges étudient pour ce faire le contexte économique de la réorganisation. Dans un second temps, le contrôle exige de déterminer si le choix effectué entre les différentes possibilités de l'entreprise était raisonnable.

La Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 18 mars 1997[1489], compare ainsi le coût de la fermeture d'un site avec celui qu'aurait engendré la réalisation d'investissements sur ce site. Elle admet que la décision de l'entreprise était rationnelle au regard du seul aspect financier. Elle relève cependant la prospérité de l'entreprise (croissance annuelle de 6,4 % sur son marché). Elle déduit de cette situation que la suppression de 92 emplois n'est pas une décision raisonnable, car la seule « *rationalisation financière de la gestion de l'entreprise (...) ne doit pas se confondre avec l'intérêt de l'entreprise* ». Le choix n'est donc pas considéré comme un motif économique.

La même démarche peut être relevée dans l'arrêt de renvoi *Vidéocolor* de la Cour d'appel de Paris[1490]. Celle-ci prend soin d'examiner la situation de l'entreprise au regard de celle de ses concurrents, et relève les trois scénarios envisagés par l'entreprise (réorganisation du site, déménagement en région lyonnaise, délocalisation au Brésil). Elle relève que le choix de la délocalisation a été motivé uniquement par le coût de production. Le choix du déménagement ayant été écarté

1487. Cf. Supra, n° 395

1488. JE Ray, *Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ?,* Dr. soc. 1987, p. 365

1489. Riom, 18 mars 1997, n° 97-528 Miko c/ Gle et a. N. Pub.

1490. Paris, 18e Ch. A., 29 avril 1997, D. 1999, J. p. 43, note M. Keller

en raison de la longueur du retour sur investissement, elle estime que le choix effectué a reporté les conséquences négatives sur les seuls salariés. Elle en déduit que le licenciement n'avait pas de cause sérieuse.

De même, la Cour d'appel de Riom a considéré, dans un arrêt du 1er juillet 1997, que le choix de l'une des trois hypothèses de réorganisation de l'entreprise hors de tout souci de préservation de l'emploi permet de caractériser un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse[1491].

Ces trois exemples montrent le degré très poussé du contrôle effectué par les juridictions sur les motifs économiques. Le contrôle pourrait sembler assez proche de celui de l'opportunité du choix. Il semble cependant que la plupart des juridictions refusent de s'aventurer sur ce terrain. Les décisions ne censurent pas une rationalité économique qu'elles désapprouvent, mais elles exigent que les choix de gestion incorporent des exigences sociales[1492]. Elles censurent dans les deux cas une décision déraisonnable, en ce qu'elle privilégie le seul intérêt financier de l'entreprise. Si les entreprises avaient cherché un compromis entre leurs intérêts financiers et les intérêts des salariés, on peut imaginer que les juridictions se seraient abstenues de rechercher parmi les solutions ainsi envisageables quelle était la solution la plus opportune.

466. Les incertitudes du contrôle du motif économique de licenciement consécutives à l'arrêt SAT

Dans l'arrêt SAT du 8 décembre 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour de Riom du 1er juillet 1997[1493]. Elle considère que la Cour d'appel avait constaté que la mesure était destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité. Elle en déduit que le licenciement était nécessairement justifié par une cause économique, et qu'il n'appartenait pas à la Cour d'appel « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* ».

La portée de cette décision au regard du contrôle de la justification des licenciements pour motif économique est des plus incertaines. La Cour de cassation semble opérer une distinction temporelle dans ce contrôle. Pour ce qui est du regard sur la situation passée de l'entreprise, elle indique que les juridictions doivent déterminer si le licenciement est « nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ». Par contre, pour ce qui est des solutions pour remédier à l'avenir à cette situations, l'entreprise disposerait d'un pouvoir discrétionnaire. Cette solution est difficile à justifier, car l'appréciation du caractère nécessaire d'un acte exige non seulement un droit de regard sur la situation passée, mais également sur le caractère approprié des mesures adoptées. La solution imposée par l'Assemblée pleinière est d'ailleurs difficilement compatible avec le contrôle du caractère sérieux du motif de licenciement imposé par l'article L. 122-14-3[1494].

Le choix des magistrats de l'Assemblée plénière montre cependant la volonté de mettre un frein au développement du contrôle judiciaire trop visible des licenciements. Le désir de la Cour est peut-être également d'échapper à la critique

1491. Riom, 1er juillet 1997, n° 97-548

1492. Cf. en ce sens A. Jeammaud, *Justice et économie : et le social ?,* Justices, 1995, p. 110

1493. Ass. Plén., 8 décembre 2000, D. 2001, J. p. 1125, note J. Pélissier.

1494. cf. J. Pélissier, prec.

souvent faite aux juridictions d'établir un « *gouvernement des juges* ». Certains considèrent aujourd'hui que les juges s'immiscent dans les politiques de gestion des entreprises sans disposer de titre de légitimité[1495]. Cette crainte est difficile à comprendre : l'intervention des juges en la matière est fondée sur une exigence légale inscrite dans le droit français depuis 1973. Elle peut d'ailleurs se prévaloir d'un fondement constitutionnel : le droit à l'emploi n'est-il pas le fondement qui justifie un large contrôle sur les décisions de l'entreprise[1496] ? L'intervention des juges dans le droit du licenciement, loin de s'identifier à une mise sous tutelle judiciaires des entreprises, traduit l'évolution d'un droit soucieux de concilier l'exercice des droits fondamentaux. Le pouvoir du chef d'entreprise, fondé sur la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, ne doit pas s'exercer au mépris du droit à l'emploi des salariés. Le droit du licenciement économique permet aux juridictions de trouver un point d'équilibre entre ces droits.

La décision de l'Assemblée plénière pourrait s'interpréter comme une prise de position circonstancielle de juges suprêmes pris de vertige devant l'ampleur et la difficulté de la tâche confiée aux juges dans le licenciement économique. La Chambre sociale et les juridictions du fond n'avaient pas montré tant de réserves auparavant. La position de l'Assemblée plénière fut pourtant confortée par la décision rendue par le Conseil constitutionnel sur la loi de Modernisation sociale. Celui-ci indiqua que le durcissement de la définition du motif économique de licenciement conduisait « *à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* ». Cette motivation, à l'évidence inspirée de celle de l'Assemblée plénière, tend à exiger une certaine retenue des juges dans le contrôle des motifs économiques de licenciement.

Ces prises de position du Conseil constitutionnel et de l'Assemblée plénière ont été critiquées par de nombreux auteurs. Ceux-ci considèrent que cette politique jurisprudentielle contrevient aux dispositions législatives sur le contrôle du licenciement[1497].

467. Il est difficile aujourd'hui de connaître l'impact exact de ces décisions sur les pratiques des juridictions du fond et même sur la politique de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Nombre de décisions montrent la détermination des juges du fond à contrôler le motif économique de licenciement. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris écarte la cause réelle et sérieuse de licenciement en se basant sur un rapport d'expertise faisant valoir que l'entreprise n'était confrontée à « *aucun péril immédiat* » [1498] . Une décision de la Cour d'appel de Nancy retient la même solution. Elle énonce que « *si le choix de la stratégie économique appartient effectivement à l'employeur, il convient de rappeler que ce pouvoir trouve sa limite dans la stricte nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise exempte de recherche d'accroissement des profits dans les cas où le droit à l'emploi s'avère menacé* » [1499].

1495. Cf. notamment le rapport M. de Virville sur ce point : Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au Ministre des affaires sociales,du travail et de la solidarite, janvier 2004, point 1.2.4. ; adde P. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail, D. 1997, chr. p. 45

1496. Cf. A. Jeammaud et M. Le Friant, Du silence de l'arrêt Sat sur le droit à l'emploi, Dr. Soc. 2001, p. 417

1497. Cf. J. Pélissier, note prec. ; A. Lyon-Caen, in Mel. Despax, prec.

1498. Paris, 18e ch. C 22 mai 2003, Jurisdata n°219053

1499. Nancy, Ch. soc., 22 janvier 2002, Juris Data n° 177083.

La Chambre sociale de la Cour de cassation n'a rendu sur ces questions que des décisions très discrètes. Certaines ont semblé suivre la politique initiée par l'assemblée plénière. Une décision du 30 avril 2002 paraît refuser tout contrôle sur les choix stratégiques de l'entreprise[1500]. Un arrêt du 17 décembre 2002 montre pourtant les incertitudes de ce contrôle judiciaire. La Cour d'appel avait considéré que le licenciement pour motif économique était dépourvu de cause réelle et sérieuse, estimant que l'entreprise *« n'apportait pas la preuve que la suppression du site (...) était le seul moyen de sauvegarder la compétitivité du secteur »* [1501]. La Cour de cassation rejeta pourtant le pourvoi contre cette décision qui semblait contradictoire avec l'arrêt SAT. Elle énonça que la juridiction du fond avait fait ressortir que la fermeture du site n'était pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, « *abstraction faite du motif justement critiqué* » [1502]. Cette substitution de motifs montre l'ambiguïté de la position actuelle de la chambre sociale. Si elle accepte un contrôle vigilant du motif économique de licenciement, c'est à la condition que, formellement, les juridictions du fond n'indiquent pas qu'elles contrôlent des choix stratégiques des entreprises. En d'autres termes, la Chambre sociale n'aurait pas trop de réserves sur la poursuite d'une politique ferme des juridictions du fond. La condition serait que les formules employées ne manifestent pas de façon trop ostentatoire une contradiction avec celles de l'Assemblée plénière ou du Conseil constitutionnel.

Le caractère imprécis des standards employés laisse en la matière une grande souplesse aux juridictions. A lire la décision du 17 décembre 2002, les juridictions du fond peuvent effectuer un contrôle approfondi du motif de licenciement, dès lors que celui-ci se réfère à la nécessité de la sauvegarde de la compétitivité, sans invoquer l'évaluation des choix faits par l'entreprise pour remédier à cette nécessité. La Chambre sociale inciterait alors à un contrôle de proportionnalité déséquilibré, par lequel les juridictions pourraient réaliser un contrôle renforcé sur le but de la mesure, mais ne pourraient prétendre vérifier l'adéquation des moyens employés au regard de ce but. Un tel contrôle est marqué par une certaine hypocrisie. Si un contrôle est effectué par les juridictions sur le motif économique de licenciement, il est nécessaire que les termes en soient clairement explicités, afin que les règles du jeu soient clairement fixées.

468. Les perturbations issues de l'arrêt SAT montrent des hésitations persistantes sur l'intensité du contrôle judiciaire du licenciement : la question est de savoir si la protection contre le licenciement injustifié autorise un droit de regard des juges sur la gestion de l'entreprise. L'histoire du droit du licenciement montre que le débat ne saurait porter sur le principe d'une telle immixtion du juge : depuis 1973, le contrôle de la cause réelle et sérieuse donne un droit de regard au juge sur la marche économique de l'entreprise. La question est celle de l'intensité des pouvoirs reconnus au juge. La montée du contentieux sur les licenciements économiques a donné l'occasion aux juges de développer un contrôle sur les choix stratégiques des entreprises. Au nom du droit à l'emploi, les juridictions ont longtemps développé un contrôle approfondi sur les licenciements économiques. L'Assemblée plénière puis

1500. Soc. 30 avril 2002, Dr. soc. 2002, p. 791, obs. G. Couturier.
1501. Rouen, 12 septembre 2000, Juris Data n° 169375
1502. Soc. 17 décembre 2002, Bull. civ., V, n°392.

le Conseil constitutionnel ont cependant considéré nécessaire de poser des bornes au pouvoir judiciaire. La question ne concerne sans doute pas uniquement les restructurations productives, mais l'ensemble des questions de contrôle du pouvoir de l'employeur. La portée de la décision de la Cour de cassation et de celle du Conseil constitutionnel sont à distinguer. La première semble destinée à freiner des initiatives trop audacieuses des juges du fond, devant la critique croissante que suscite la jurisprudence sociale par les organisations représentant les entreprises. Il s'agit en quelque sorte d'une auto-limitation du pouvoir judiciaire. Le Conseil constitutionnel pose pour sa part des limites aux initiatives que le législateur peut confier aux juridictions dans le contrôle des prérogatives privées. La question est placée sous l'égide des droits fondamentaux : il appartient au législateur de tracer un cadre permettant de conjuguer la liberté d'entreprendre et les droits fondamentaux des salariés (droit à l'emploi, protection de la vie privée et familiale, liberté d'expression, etc.). A ce titre, sa décision ne devrait pas limiter véritablement la possibilité du législateur de confier ce contrôle de proportionnalité au juge lui-même. La décision du Conseil constitutionnel pourrait alors être vue comme une décision qui potentiellement permet de conforter le contrôle judiciaire, dès lors que celui-ci se voit confier expressément comme horizon et comme limite la protection des droits fondamentaux. La place éminente que le droit a jusqu'ici reconnu à la règle de proportionnalité dans le contrôle des justifications[1503] serait alors largement confortée par la décision du Conseil constitutionnel.

469. Malgré les incertitudes soulignées, le juge se voit confier de larges prérogatives dans le contrôle des justifications. Il convient maintenant de déterminer comment le juge peut parvenir, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont ainsi confiés, à déterminer le caractère justifié d'un acte. L'hypothèse retenue ici est que la science juridique seule ne dispose pas d'outils suffisants pour décrire l'activité des juridictions : il convient alors d'emprunter à d'autres disciplines et en particulier à la rhétorique des outils permettant de mieux comprendre le contrôle des justifications.

1503. Cf. supra n° 395

Titre 2

ELÉMENTS D'UNE ANALYSE RHÉTORIQUE DES JUSTIFICATIONS

470. La raison pratique, entre arbitraire et certitude

L'exigence de justification a été définie comme l'obligation de soumettre les raisons d'agir à l'appréciation d'un for externe. Cet impératif ne permet cependant pas de déterminer un modèle de conduite univoque et précis. Il offre au contraire la possibilité de justifications variées dans un cadre déterminé par la loi. Il reste donc à fournir le cadre d'une analyse qui permette de comprendre quand un juge (ou un autre for externe) considère comme raisonnable un motif allégué par l'employeur. A partir des enseignements de la Nouvelle rhétorique de Perelman[1504], nous poserons l'hypothèse que le contrôle des justifications n'a pas substitué à l'arbitraire du chef d'entreprise celui du juge, chargé d'apprécier la légitimité des mesures de gestion du personnel. Il serait erroné de considérer le pouvoir souverain d'appréciation laissé aux juges du fond comme une prérogative arbitraire. Il ne saurait non plus être affirmé que les raisonnements des chefs d'entreprise peuvent être l'objet d'une démonstration scientifique, univoque et contraignante. Les argumentations patronales sur les raisons des choix de l'entreprise peuvent alors être comprises comme l'expression d'une raison pratique. Il est possible de montrer que cette action est raisonnable ou légitime, mais il est impossible de le faire avec certitude. L'interlocuteur peut admettre qu'il est vraisemblable que ces actes sont légitimes ou raisonnables. Cet accord est permis par l'argumentation.

471. Plan : raison et raisons d'agir

L'objet de la rhétorique a toujours été la recherche de la manière dont les arguments du locuteur parviennent à convaincre un auditoire d'une proposition dont le propre est de n'être ni vraie ni fausse mais simplement vraisemblable. Cet accord est vu comme le produit de la conjonction entre deux éléments. Il résulte en premier lieu du raisonnement pratique, les techniques de l'argumentation proprement dite (Chapitre 1). Le caractère limité de la raison pratique n'autorise pas que l'accord procède du seul jeu de règles logiques de l'argumentation. L'accord entre deux personnes nécessite une part irréductible d'*oratoire*, d'éléments d'ordre affectif.

1504. La Nouvelle rhétorique est exposée pour l'essentiel dans Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e édition, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992 (Ci-après cité TA) ; Voir également les claires synthèses publiées ultérieurement : Ch. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e ed., 1999 ; *L'empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Vrin, 1977

Ceux-ci, intégrés à l'argumentation, sont pour l'essentiel basés sur l'appel à des valeurs partagés avec l'auditoire, qu'on peut appeler avec Aristote des lieux (*topoi*). Il conviendra donc dans un second temps de rechercher la part prise par ces valeurs dans la justification des mesures de gestion du personnel (Chapitre 2).

Chapitre 1
Les règles du raisonnement pratique

Chapitre 2
Recherche sur les valeurs justificatives

Chapitre 1

LES RÈGLES DU RAISONNEMENT PRATIQUE

472. Nécessité d'une analyse inspirée de la rhétorique

Depuis Descartes, les discours scientifiques ont exclu de leur champ tous les raisonnements exempts de certitude. Cette méthode a conduit à évincer toute référence à la rhétorique. Le dernier avatar de cette tradition, la rhétorique juridique, a rendu les armes devant les assauts du positivisme juridique à la fin du siècle dernier.

Force est cependant de reconnaître que le positivisme juridique, qui appréhende les phénomènes juridiques sous le seul angle du devoir-être imposé par des autorités légitimes, parvient difficilement à rendre compte de l'activité déployée par les juges, ou plus généralement de la manière dont peuvent être appréhendées les conduites humaines[1505]. Le passage entre les faits et la norme est ainsi souvent énoncé comme une « *application* » ou une « *réalisation* » du droit dont il est extrêmement difficile de rendre compte selon les canons du positivisme juridique[1506].

Seule l'analyse de la logique du discours juridique permet alors de rendre compte de manière à la fois cohérente et réaliste du raisonnement juridique. Une telle perspective est nécessaire pour la compréhension du raisonnement judiciaire. Elle s'avère indispensable lorsque la norme exige que la légalité des comportements soit analysée en fonction des règles du raisonnement pratique.

L'emploi des méthodes de la rhétorique étant peu courant dans les analyses juridique, il convient en premier de rappeler les prémisses qui gouvernent l'analyse rhétorique (section 1), avant de montrer l'apport de cette discipline à l'étude des justifications (section 2).

Section 1. Une méthode d'analyse empruntée à la Nouvelle rhétorique

Section 2. Les techniques de l'argumentation

1505. Voir en ce sens T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit,* LGDJ 1988, Introduction
1506. Cf. Supra n° 352

SECTION 1. UNE MÉTHODE D'ANALYSE EMPRUNTÉE À LA NOUVELLE RHÉTORIQUE

473. La justification exige d'apprécier la conformité des comportements au droit en fonction des règles du raisonnement pratique. Seules les règles de la rhétorique permettent de rendre compte du raisonnement opéré par les juges lorsqu'ils apprécient le caractère légitime de ces justifications.

Il convient de rappeler comment la rhétorique a été conçue depuis l'Antiquité (§1), avant de montrer les apports de la Nouvelle rhétorique à l'étude de l'argumentation (§2).

§1. L'ANCIENNE RHÉTORIQUE

A. LA RHÉTORIQUE DANS L'ANTIQUITÉ

474. Les origines : la sophistique

Les origines de la rhétorique remontent à la Grèce Classique. La rhétorique était alors une spécialité des sophistes. Les premiers ouvrages connus étaient des recueils de préceptes dans lesquels les justiciables étaient censés trouver des « *recettes* » destinées à emporter la conviction des magistrats. L'un des premiers ouvrages connus est signé de Corax, qui a laissé son nom à une figure de rhétorique. Le *corax* consiste à montrer qu'une chose est tellement vraisemblable qu'elle en devient improbable. L'argument est encore couramment employé de nos jours[1507].

Le lien entre la sophistique et la rhétorique fera définitivement peser sur cette discipline un soupçon. Elle reste encore aujourd'hui accusée d'être une technique de manipulation et non un savoir. Les sophistes se servirent des techniques de l'argumentation afin de conforter leur thèse selon laquelle tous les arguments se valent, et que toute thèse mérite d'être soutenue. Pour eux, la vérité se définit uniquement comme un accord entre interlocuteurs, quel qu'en soit l'objet. La rhétorique pouvait alors être assimilée à *l'éristique*, simple instrument dans une lutte verbale dans laquelle le seul critère est la soumission de l'adversaire, même au prix des arguments les plus vils et de tours de passe-passe langagiers.

475. La critique platonicienne de la rhétorique

Dans le *Gorgias*, Platon expose une sévère critique de la rhétorique. Il soutient que celle-ci permet uniquement au locuteur de parler de choses qu'il ignore, dans un but de domination. L'exemple qu'il attribue à Gorgias est à cet égard très frappant, puisque celui-ci prétend qu'un rhéteur est mieux à même de convaincre un patient de se voir administrer un remède que ne le ferait un médecin[1508]. Pour Platon, seule la connaissance du Bien justifie le pouvoir de conviction. Il reste que cette position

1507. Voir par exemple l'argument développé autour de l'inscription « *Omar m'a tuer* » dans une célèbre affaire pénale...

1508. Platon, *Gorgias*, § 456 sq.

n'est tenable que si on admet une conception ontologique du bien[1509]. En l'absence de toute certitude sur ce dernier, seul le débat contradictoire permet de l'approcher.

476. La Rhétorique d'Aristote

Face aux critiques de Platon, Aristote va « *sauver* » la rhétorique en la séparant de la philosophie des sophistes. Il montre que la rhétorique est avant tout un savoir utile, car elle permet de persuader l'auditoire du bienfait de propositions justes. Il fait de plus de la rhétorique une méthode de connaissance dans les cas où la vérité ne peut être atteinte. Elle permet alors de « *voir l'état probable des choses par rapport à chaque question* »[1510]. La Rhétorique commence d'ailleurs par l'affirmation forte de la volonté de rapprocher la rhétorique de la dialectique. Aristote affirme dès les premières lignes de la *Rhétorique* que cette discipline « *se rattache à la dialectique* »[1511]. Elle est ainsi présentée comme un art du dialogue basé sur les règles du raisonnement, qui permet la recherche de la vérité. La différence essentielle entre la rhétorique et la dialectique réside dans la finalité de ces disciplines. Alors que la dialectique est un simple art du dialogue, ne présentant que des finalités ludiques, la rhétorique se caractérise par son utilité, car elle est un instrument d'action sociale, utilisée dans la délibération (politique) et dans les débats judiciaires[1512].

477. Rhétorique romaine

La Rhétorique d'Aristote fut largement connue des philosophes romains. De grands avocats comme Cicéron et Quintilien en firent des Traités qui constituent en réalité une réflexion pédagogique sur les savoirs qui doivent être enseignés aux juristes[1513]. Cette tradition fut reprise par les penseurs du Moyen Âge, et notamment par la scolastique.

B. DÉCLIN DE LA RHÉTORIQUE

478. Formalisme de l'ancienne rhétorique

La tradition initiée par Corax, et développée par Aristote, se transmit en des termes étonnamment stables jusqu'à la fin du XIXe siècle. Elle regroupait un ensemble de savoirs disparates, englobant la grammaire, l'art de bien parler, et l'argumentation, servant de base à l'enseignement des humanités. Elle constituait pour l'essentiel une pédagogie à destination des futurs avocats. Elle était caractérisée par un formalisme excessif, et était souvent limitée à un ensemble de formules reprises par les auteurs successifs. Plus qu'une étude de l'argumentation, la rhétorique traduit une diffusion de connaissances formelles. Caractéristiques de ce formalisme étaient les exercices qui servaient de base aux enseignements de la rhétorique. Ainsi, les *suasoires*, exercices dans lesquels les étudiants étaient entraînés à soutenir des thèses opposées, telle la réalité ou non du serpent qui

1509. O. Reboul, *Introduction à la rhétorique*, 2e ed., PUF, 1991, p. 30

1510. Aristote, *La Rhétorique*, I, XIV

1511. *Rhétorique,* Livre 1, I

1512. O. Reboul, p. 48 sq.

1513. Noter que les hommes de l'Antiquité étaient imprégnés d'une profonde culture juridique (cf. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1977). L'enseignement est alors centré autour de la connaissance juridique.

engendra Scipion[1514]. Plus spécialisées dans le champ juridique, les *chries* permettaient aux futurs avocats de s'entraîner à plaider des causes opposées, tel le choix laissé à une femme séduite entre la condamnation à mort de son séducteur et le mariage avec lui sans dot[1515]. L'aspect formel et ridicule de cette rhétorique était patent[1516].

479. Développement de la logique cartésienne

Le déclin de la rhétorique provint en premier lieu du développement de la pensée scientifique. Descartes montra que seules devaient être considérées comme vraies les propositions dont on ne peut douter. Les propositions dont on ne peut dire avec certitude qu'elles sont vraies devaient être estimées fausses. Cette logique scientifique conduisit à un désintérêt à l'égard de la rhétorique et de l'argumentation. Seule importait la vérité ou la fausseté d'une proposition. Faute de toute possibilité de validation certaine, les propositions simplement vraisemblables ne semblaient pas dignes d'étude[1517].

480. Positivation du droit

Dans le champ du droit, les conceptions jusnaturalistes gardèrent une popularité certaine jusqu'à la fin du XIXe siècle, et même bien au-delà. Certains juristes continuent pourtant de penser que l'objet du droit est l'étude de la justice[1518]. Le lent mouvement de *positivation* du droit, puis sa formalisation dans la théorie du positivisme juridique conduisirent cependant à un fort déclin de ces conceptions. Malgré des divergences théoriques importantes sur ce qu'est le positivisme juridique[1519], l'horizon de la réflexion des juristes se concentra sur l'étude des règles posées. Les réflexions sur la justice perdirent de leur importance. Signe de ce déclin, l'enseignement des humanités est supprimé en France en 1885. La rhétorique disparaissait ainsi pratiquement du champ juridique.

481. Malgré cette disparition, la pensée des juristes a conservé une trace indéniable des enseignements de l'ancienne rhétorique. Celle-ci « *structure* » en quelque sorte la pensée des juristes. Qui ne perçoit que les exercices de commentaires d'arrêt proposés aux étudiants sont directement hérités de la rhétorique ? Ces enseignements distinguent la recherche d'idées, nommée *invention* par les Anciens, suivant l'ordre canonique *sens-valeur-portée*, la recherche d'un plan ou *disposition*, la rédaction ou *élocution.* L'éloquence ou *action* est quelque peu oubliée de l'Université, mais la tradition est sans doute maintenue chez les avocats.

Si la rhétorique a disparu des enseignements universitaires, il n'est pas injustifié de vouloir la réhabiliter en tant que méthode d'analyse de l'argumentation. Le renouveau de cette discipline initié par les travaux de Perelman permet aujourd'hui son utilisation.

1514. Quintilien, *Institution oratoire*, Livre II, I, n° 19

1515. Cité par O. Reboul, op. cit. p. 85

1516. Voir l'ouvrage à la fois humoristique et érudit de L. Sterne, *Vie et opinions de Tristram Shandy*, Flammarion, 1982 (1ère édition, Londres, 1759 – 1763)

1517. Perelman, p. 1 sqq.

1518. Le représentant le plus éminent de cette pensée était évidemment M. Villey

1519. v. M. Troper, C. Gzregorczyk, F. Michaut, *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992, p. 31 sqq.

§2. LA NOUVELLE RHÉTORIQUE

482. Le renouveau de la rhétorique au XXe siècle

Après une période de désintérêt des juristes pour la rhétorique et l'argumentation, Perelman entreprit de réhabiliter cette discipline. Le projet était d'importance, et le Traité de l'argumentation, rédigé avec la philosophe L. Olbrechts-Tyteca[1520] constitue l'une des œuvres majeures de la philosophie et de la théorie juridique du XXe siècle. L'œuvre initia un renouveau de la rhétorique dans toutes les disciplines, tant philosophiques et littéraires[1521], que sémiologiques.

483. Objet de la nouvelle rhétorique

La réhabilitation de la rhétorique exigeait en premier lieu que fût mieux défini son objet. La faiblesse essentielle de l'ancienne rhétorique résidait dans le flou de son objet. A la fois pédagogie, modèle de discours et outil d'analyse du discours, elle mêlait des analyses descriptives et des analyses prescriptives. La réhabilitation de la rhétorique nécessitait de la débarrasser de son aspect prescriptif quelque peu ridicule, qui la transformait en simple « *magasin des arguments* » dépourvu de prétentions scientifiques.

Face aux critiques de Platon, Aristote avait déjà émis l'hypothèse que la rhétorique pouvait être l'analyse de ce que le discours comporte de persuasif. Il a cependant peu développé cette idée dans la *Rhétorique*, lui préférant une conception plus prescriptive.

Perelman reprendra donc l'hypothèse d'Aristote. La rhétorique n'est plus la « *science de bien dire* »[1522], mais la discipline qui étudie l'argumentation. Plus précisément, elle est l'étude des moyens par lesquels l'orateur obtient l'adhésion de l'auditoire à une thèse qu'il défend[1523]. Contrairement aux langages formels des sciences « *dures* », l'argumentation intervient dans des domaines dans lesquels la certitude ne peut être atteinte. La proposition avancée ne peut être ni vraie ni fausse mais plus ou moins vraisemblable. Ainsi en est-il du point de savoir si une chose est belle, un acte louable, une décision politique utile ou une décision juste. L'objet de la Nouvelle rhétorique est d'étudier comment un accord entre les interlocuteurs est ici possible.

Pour Perelman, la conviction est le produit d'un accord entre un orateur et son auditoire, sur une proposition dont le premier essaie de convaincre le second. L'argumentation peut être destinée à un auditoire particulier, individu ou groupe dont les membres sont identifiés. Elle peut également être destinée à un auditoire universel. L'orateur cherche en ce cas à convaincre, au-delà de son interlocuteur, tout être doué de raison. Pour Perelman, cet auditoire est une représentation de l'orateur[1524]. Il convient peut-être de préciser que l'appel à un auditoire universel est une figure de rhétorique, identifiable à l'*apostrophe*. Afin de convaincre de la

---

1520. C. Perelman et L. Albrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e édition, Edition de l'Université de Bruxelles, 1988 (1ère édition, PUF, 1958)

1521. Voir Mélanges Perelman ; adde O. Reboul, prec. p. 97 et p. 169 sqq. ; P. Oléron, *L'argumentation*, PUF QSJ, 4e ed. 1996, p. 6 sqq.

1522. Quintilien, prec. Livre II, XV, n° 34

1523. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. §1.

1524. id., §7

supériorité des valeurs qu'il défend, l'orateur en appelle au caractère universel de son point de vue, et oblige l'auditeur à mettre en question sa position[1525].

484. Controverses sur l'objet de la rhétorique

Dès l'Antiquité, l'objet de la rhétorique a été fortement controversé. Quintilien pestait déjà contre le « *zèle pervers* » mis par les rhéteurs à définir de manière différente l'objet de leur savoir[1526]. Le renouveau de la rhétorique au XXe siècle a vu renaître des controverses sur l'objet de cette discipline. Outre le fait que la rhétorique a investi des champs variés (droit, philosophie, littérature, pédagogie, sémiotique), certains ont reproché à Perelman de retenir une conception trop étroite de cette discipline, limitée en réalité à l'étude de l'argumentation. Cette critique est notamment celle des linguistes et des sémioticiens. Ceux-ci reprochent à Perelman de n'atteindre que le sens littéral du discours, et d'ignorer la question des intentions, et de la signification du langage[1527]. D'autres auteurs reprochent à Perelman de s'en tenir au caractère argumentatif de la rhétorique, et d'ignorer l'aspect oratoire et affectif[1528].

A vrai dire, la critique la plus sérieuse de l'étude rhétorique réside dans sa méthode même d'analyse du discours. En présentant le discours comme infiniment varié et complexe, elle ne permet pas de rendre compte de règles régissant de manière certaine la conviction. La présentation des règles emportant la conviction conserve donc dans ces analyses une part de subjectivité, qui reflète le système axiologique de l'analyste. La démarche de Perelman reflète la volonté de ce dernier de légitimer le discours judiciaire. Elle n'est alors pas sans présenter des analogies avec la pensée sophiste[1529]. Sans doute faut-il estimer que la compréhension de l'argumentation est à ce prix. Faute de toute possibilité de certitude, la connaissance de l'argumentation exige une certaine subjectivité de celui qui en dévoile les mécanismes.

Malgré ces difficultés, la méthode proposée par Perelman nous servira de modèle afin d'analyser les justifications patronales.

1525. O. Reboul, prec. p. 101 sq.

1526. Quintilien, op. cit. Livre II, XV, n° 37

1527. M. Meyer, *Questions de rhétorique. Langage, raison et séduction*, Le Livre de Poche, 1993, p. 93 et p. 43

1528. O. Reboul, prec. p. 99 sqq.

1529. R. Laufer, Rawls, *Dworkin, Perelman, Fragments d'une grande argumentation*, Philosophie n° 28

SECTION 2. LES TECHNIQUES DE L'ARGUMENTATION

485. Les méthodes de la Nouvelle rhétorique dégagées par Perelman permettent d'analyser les justifications. Elles permettent de montrer quels sont les aspects du discours qui conduisent à persuader autrui du caractère raisonnable d'un acte.

Ces règles sont nombreuses et complexes, aussi n'en tracerons-nous que les lignes essentielles. La persuasion est d'abord liée à la narration (§ 1) ; elle provient également des différents types d'arguments mobilisés dans le raisonnement pratique (§ 2).

§1. LES RÈGLES DE LA NARRATION

486. Dans l'ancienne rhétorique, les auteurs ont attribué une grande importance à la question de la crédibilité de l'orateur, tirée de son prestige ou de la manière dont il s'adresse à l'auditoire (*ethos*). Ils consacraient également une partie importante de leurs écrits à la question de l'émotion soulevée dans l'auditoire, par l'appel aux émotions et à l'emploi de figures de style (*pathos*). Sans négliger l'importance de ces deux aspects dans la conviction, il est préférable de se limiter à l'étude des aspects argumentatifs du discours lui-même, conformément aux enseignements de la Nouvelle rhétorique. L'étude de l'*ethos* et du *pathos* risquaient de conduire à des analyses psychosociologiques de peu d'intérêt au regard de la présente recherche.

Concernant l'argumentation proprement dite, la conviction de l'auditoire semble résulter de la combinaison entre une narration (A) et de sa version concurrente par la partie adverse. Aussi le contradictoire prend-il une part essentielle dans l'argumentation judiciaire (B).

A. LA NARRATION

487. Petites histoires

La conviction de l'auditoire provient d'abord de la narration, l'exposé des faits de la cause. Celle-ci prend la forme d'une narration, d'une « *petite histoire* » racontée à l'instance. L'employeur qui souhaite prouver le caractère justifié d'une mesure doit exposer le contexte dans lequel l'acte est intervenu. Cette narration doit permettre de comprendre comment l'état de choses est advenu. Comme tout texte, l'exposé doit permettre une identification des personnes, des choses et des événements. Il doit donc répondre aux questions « *qui parle* ? », « *de quoi ?* », « *quand ?* », « *contre qui ?* », « *pourquoi ?* », et « *comment ?* »[1530].

Il est important de comprendre la vertu argumentative de ces « *petites histoires* ». L'auditoire a l'illusion de déduire de cette narration la règle de droit applicable. Le caractère justifié d'un acte semble provenir d'un simple examen du contexte dans lequel il intervient. Il convient cependant de préciser que les règles logiques s'opposent à un tel passage du fait au droit. Il est impossible de déduire des

1530.Voir O. Reboul, prec. p. 148

faits une règle. Le passage du fait au droit ne peut résulter que de l'application d'un modèle normatif, fût-il implicite.

La vertu de la narration réside alors dans les valeurs qu'elle permet de mettre en exergue[1531], ainsi que dans la vraisemblance de la qualification avancée par le chef d'entreprise. Celle-ci résultera de la cohérence de la narration (1), ainsi que de l'appui pris par la narration sur des faits (2).

1. La cohérence narrative

488. Narration et confirmation

Les auteurs de l'ancienne rhétorique accordaient une grande importance à la forme de l'argumentation. Selon eux, l'orateur devait, après avoir recherché tous les arguments en faveur de sa cause (*invention*), ordonner ses arguments (*disposition*). Les règles concernant la disposition distinguaient trois parties : *l'exorde*, c'est-à-dire la prise de contact avec l'auditoire, la *narration*, et la *péroraison*, qui récapitule les arguments énoncés. Cette structuration est sans doute un invariant de tout discours. Concernant la narration proprement dite, les auteurs ont tenté de formaliser l'ordre dans lequel les arguments devaient être avancés. Aristote distinguait ainsi deux temps. Au cours de la narration proprement dite, l'orateur devait énoncer les faits de la cause, et au cours de la confirmation, il devait avancer des éléments de preuve et réfuter les arguments adverses[1532]. Une telle formalisation n'est en réalité qu'une possibilité, et ne constitue pas une règle du discours persuasif. Quintilien admettait déjà qu'il n'est pas de principes en la matière[1533]. Les règles processuelles ne dérogent pas à cette liberté. On admet en général l'inutilité de la distinction entre allégation et preuve, à tout le moins en tant que distinction de deux temps du procès[1534].

La disposition est donc laissée à l'imagination du locuteur. D'après M. Reboul, il serait simplement plus persuasif de commencer par présenter l'argument, de réfuter ensuite les contre-arguments, et de reprendre enfin, sous une nouvelle forme, l'argument initial[1535].

Si l'ordre de la présentation de la narration est indifférent, son contenu doit répondre à deux règles logiques essentielles : la non-contradiction et la non-contrariété.

a) Non-contradiction

489. Principe de non-contradiction

La vraisemblance d'un discours résulte avant tout de sa non-contradiction. Entendons par là qu'il ne doit pas affirmer deux arguments qui s'opposent exactement. Deux propositions sont contradictoires si elles forment une alternative, de telle sorte que la vérité de l'une implique la fausseté de l'autre[1536]. Sont

1531.Voir P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, p. 36 sqq.

1532. Aristote, prec. Livre II, chapitres XVI et XVII

1533. Quintilien, prec. Livre II, XIII, n° 7

1534.Voir supra, n° 130

1535. O. Reboul, prec., p. 69

1536. Voir A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse, Lyon III, 1973, p. 91

contradictoires deux propositions qui affirment à la fois a et non-a. La contradiction peut également résulter du fait que la proposition nie une situation de fait qui est pourtant certaine.

La contradiction dans un discours permet de disqualifier l'argumentation comme incohérente et donc invraisemblable. Cette disqualification provient parfois des règles du droit positif. L'exigence de réalité des motifs allégués dans le droit du licenciement conduit à exiger que l'employeur n'affirme pas tout et son contraire. L'une des deux affirmations est nécessairement fausse, et ne peut donc constituer une cause exacte. En l'absence de tels textes, la disqualification provient des règles les plus élémentaires de l'argumentation. Une argumentation qui comporte des contradictions ne peut avoir aucune valeur persuasive. L'argument soulevé par le contradicteur est celui de l'*autophagie,* qui consiste à montrer que l'argument adverse se détruit lui-même[1537]. Les sophistes enseignaient ainsi qu'une narration fausse mais cohérente doit être préférée à une narration comportant des contradictions[1538]. La disqualification des discours contradictoires n'est d'ailleurs pas une spécificité du droit du travail français : l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui existe dans d'autres systèmes juridiques et son emploi peut être repéré dans différentes branches du droit français[1539].

490. Applications

La jurisprudence de la Cour de cassation révèle parfois des exemples de contradiction dans l'argumentation, qui permettent d'affirmer que les arguments ne justifient pas la mesure prise.

Ainsi, en matière de licenciement pour motif économique, la Cour de cassation a affirmé que l'employeur ne peut invoquer les difficultés économiques de son entreprise pour licencier un salarié, alors que cette entreprise est prospère[1540]. Il est contradictoire d'affirmer que l'entreprise connaît des difficultés, alors qu'elle est prospère. La contradiction ne résulte probablement pas du discours initial de l'employeur, qui avait probablement caché la prospérité de l'entreprise. La contradiction a probablement été révélée par le débat contradictoire devant le juge. La contradiction doit évidemment s'apprécier au regard de l'ensemble des propositions qui sont soumises au juge[1541].

De même, en matière disciplinaire, la Cour de cassation interdit à l'employeur d'invoquer une faute s'il a préalablement accepté le comportement du salarié. Ainsi, elle refuse que la répétition d'un comportement toléré auparavant par l'employeur puisse être considérée ultérieurement comme une faute grave[1542]. La contradiction résulte ici du fait que le comportement soit à la fois permis (*norme implicite née de la réitération du comportement*) et interdit (*qualification de faute*).

Par ailleurs, une jurisprudence de la Cour de cassation interdit à l'employeur de licencier pour insuffisance le salarié si celui-ci a bénéficié trois mois auparavant d'une augmentation de salaire. Il est contradictoire à la fois de récompenser le

1537. O. Reboul, prec. p. 175

1538. Voir O. Reboul, prec., p. 67

1539. M. Behar-Touchais, dir. *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica 2001

1540. Soc., 24 avril 1990, Bull. civ. V, n° 182

1541. Voir infra n° 502

1542. Soc., 16 juillet 1987, D. 1987, J., p. 440

salarié et de le licencier en raison de l'insuffisance dont il fait preuve dans son travail[1543]. De même, il est contradictoire de licencier un VRP pour « *grave insuffisance répétée de résultat* » alors que ses bulletins de paye font apparaître des commissions élevées : celles-ci « *contredi[sent] les allégations de l'employeur sur l'inactivité de l'intéressé* »[1544]

Signalons en dernier lieu les cas dans lesquels l'employeur invoque une faute grave du salarié, et maintient en même temps celui-ci dans ses fonctions[1545]. La Cour de cassation a relevé ici une contradiction. L'invocation de la gravité implique l'incidence du comportement sur le bon fonctionnement de l'organisation. Le maintien du salarié dans son poste en l'absence de toute perturbation du fonctionnement de l'entreprise contredit la proposition précédente.

b) Non-contrariété

491. Définition.

La logique du langage exige non seulement un discours exempt de contradiction, mais encore de contrariété. La contrariété est plus large que la contradiction. Elle ne requiert pas que les propositions soient inversées, mais que les implications de l'une méconnaissent au moins partiellement une seconde proposition. Les deux propositions sont simplement incompatibles : elles ne peuvent être simultanément vraies, mais la fausseté de l'une n'implique pas nécessairement la vérité de l'autre[1546]

Les décisions font application d'un tel principe, lorsqu'elles relèvent par exemple que le chef d'entreprise n'a pas respecté le registre, le champ d'argumentation sur lequel il prétend se placer.

L'invocation de valeurs ou faits extérieurs à ceux sous lesquels les faits invoqués devraient être subsumés conduit non pas à une contradiction, mais à une contrariété entre les propositions. L'employeur n'invoque pas une proposition qui affirme exactement le contraire d'une autre, mais deux propositions qui s'infirment partiellement. Ainsi, l'employeur qui invoque un motif économique puis un défaut dans l'exécution du travail émet deux propositions contraires. Il ne dit pas directement que le motif est à la fois non inhérent à la personne du salarié et inhérent à celle-ci. Le défaut dans l'exécution du travail pourrait résulter d'une évolution dans l'organisation du travail, et ce reproche pourrait trahir une inadaptation aux évolutions de l'organisation de l'entreprise.

492. Applications

La Cour de cassation a pu affirmer qu'il pouvait y avoir contrariété à invoquer un motif économique lorsque le salarié est en réalité licencié en raison de son âge[1547]. Les deux propositions ne sont que contradictoires, et non contraires. L'article L. 321-1-1 sur les critères de sélection des salariés licenciés imposent notamment de

1543. Soc., 21 févr. 1991, JS UIMM, n° 91-538, p. 179
1544. Soc., 26 septembre 2002, Bull. civ. V, n° 283
1545. Soc., 24 février 1982, Bull. civ. V, n° 120
1546. A. Jeammaud, op. cit., loc. cit.
1547. Soc., 24 avril 1990, Bull. civ. V, n° 181

tenir compte de l'âge du salarié dans la définition de l'ordre des licenciements. Le salarié peut donc être licencié en raison de son (jeune) âge, et le licenciement peut être en même temps pourvu d'un motif économique justifié.

Cette règle est également traduite dans le contrôle de la motivation de la lettre de licenciement. La Cour de cassation estime par exemple que l'employeur ne peut motiver le licenciement par une mesure de restructuration, alors que le véritable motif est l'état de santé du salarié[1548]. Dans ce cas encore, la Cour de cassation s'appuie sur l'application de règles logiques au discours pour déduire que celui-ci ne répond pas aux règles de l'argumentation.

Un exemple très probant de l'interdiction des arguments contraires en matière d'insuffisance de résultats a enfin été fourni par la Cour de cassation. Une salariée avait été mutée à un nouveau poste soumis à un contrôle des cadences en raison de sa lenteur et de sa dissipation. L'employeur invoqua par la suite l'insuffisance des résultats du salarié pour la licencier. La Chambre sociale considéra que l'invocation de l'insuffisance de résultat invoquée par l'employeur résultait du comportement de l'employeur lui-même. Celui-ci, tenu en application de l'article L. 932-2 C. Trav. d'adapter les salariés à l'évolution de leurs emplois, ne saurait invoquer une insuffisance de résultats dès lors qu'il avait « *sciemment maintenu* » la salariée « *à un poste qu'elle était incapable de tenir* »[1549]. L'employeur avance donc des arguments qui montrent sa mauvaise foi, sans directement être contradictoires. Il licencie un salarié pour insuffisance de résultat alors qu'il l'avait antérieurement organisé la situation à l'origine de cette situation.

493. Pluralité de motifs

L'application du principe de non-contrariété est plus délicate lorsque l'employeur justifie un licenciement par une pluralité de motifs Il convient de distinguer si les motifs allégués sont complémentaires ou non.

Si les motifs sont complémentaires, c'est-à-dire qu'ils se complètent pour justifier le licenciement, parce qu'une série de motifs de nature diverse conduisent à la décision envisagée, le principe de non-contrariété ne peut être utilisé. Il en est ainsi par exemple lorsqu'un licenciement est prononcé à la suite de l'inadaptation d'un salarié à un poste dans lequel il a été muté à la suite de difficultés économiques. Deux causes consécutives conduisent à la décision : l'évolution de l'organisation, et l'inadaptation. Aucune contradiction ne peut être ici relevée. L'appréciation de la justification dépendra de deux questions. Il convient en premier lieu de déterminer la catégorie de licenciement à laquelle il est procédé. On s'accorde à considérer que c'est la cause première et déterminante qui détermine le régime applicable[1550]. S'agissant de la légitimité de la mesure, celle-ci devrait être appréciée à l'aune de tous les motifs allégués. Dans l'exemple cité, la légitimité de la mesure devrait s'apprécier au regard de la modification de l'organisation, et de l'inaptitude professionnelle. L'employeur doit justifier sa mesure sur chacun de ces points.

1548. Soc., 29 avril 1998, Bull. civ. V, n° 213

1549. Soc. 29 mai 2002, Dr. Soc. 2002, p. 779 obs. F. Duquesne ; D. 2002, p. 2284 n. P. Waquet

1550. J. Pélissier, *La cause économique du licenciement,* prec. RJS 8-9/92*,* p. 527

Lorsque l'employeur invoque au contraire un agrégat de motifs, sans en privilégier un seul, le principe de non-contrariété devrait être convoqué. Si l'employeur invoque à la fois une faute et une inadaptation à l'emploi, il émet deux opinions contraires, et la justification ne devrait pas être recevable. En effet, il est contradictoire de prétendre qu'une conduite blâmable constitue une inadaptation à l'emploi.

2. La référence aux faits

494. La vraisemblance d'une narration ne dépend pas seulement de la cohérence de l'argumentation. Elle doit également prendre appui sur des faits. Faute d'une telle référence, la narration ne serait qu'affabulation. Dans une société rationnelle et industrielle, il serait inacceptable d'invoquer un songe ou une rencontre avec un esprit pour justifier un choix effectué. La remarque semble évidente, mais la persistance de méthodes de recrutement basées sur la numérologie, l'astrologie ou la graphologie montre la persistance de pratiques peu rationnelles. Juridiquement, de telles méthodes sont aujourd'hui illégales[1551], mais l'effectivité du droit sur ces questions est improbable à défaut de l'institution d'un contrôle judiciaire plus développé. Pour ce qui est des questions proprement juridiques, la justification ne peut être convaincante que si le narrateur fait appel à des faits afin d'étayer son raisonnement.

L'invocation de faits prend un double visage. Il est d'abord porté un regard sur l'existence des faits, puis sur leur qualification.

a)L'existence des faits

495. Notion de fait

Les faits relèvent d'une ontologie particulière. Ce sont des phénomènes du monde sensible dont l'existence peut être montrée de manière certaine. Le jugement sur l'existence d'un fait peut donc être déclaré vrai ou faux. Le propre d'un fait est donc d'échapper à la controverse : il peut faire l'objet d'un accord universel[1552]. Il est possible de s'accorder sur les conditions de vérification de l'existence d'un fait, et ensuite de l'établir avec certitude. Les règles de preuve en droit permettent d'atteindre cette certitude.

496. Part des faits dans les justifications

Afin que les justifications soient pertinentes, il est requis que l'employeur s'appuie sur un agrégat de faits dont l'employeur devra établir l'existence avant que ne soit discutée la question de la légitimité des raisons avancées. Les normes juridiques appréhendent ces faits à l'occasion de deux opérations. Ils sont d'abord examinés afin de déterminer la cause catégorique. La mesure en question ne peut recevoir la qualification de sanction disciplinaire ou de licenciement pour motif économique que si l'employeur invoque des faits qui font écho à ceux figurant dans la règle de droit. La justification proprement dite exige ensuite que l'employeur fasse référence à des faits dont l'existence peut être prouvée. L'appel à des faits dans

1551. Voir supra n° 214

1552. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. § 16

les justifications permet de montrer que l'employeur n'invoque pas des griefs subjectifs.

Cette exigence est explicitement posée dans la jurisprudence relative au licenciement pour perte de confiance. Une telle mesure doit reposer sur des « *faits objectifs* » commis par le salarié[1553]. De même, la jurisprudence sur l'insuffisance professionnelle fait-elle apparaître l'exigence de faits la démontrant[1554]. Le grief d'insuffisance professionnelle est en lui-même insuffisant[1555].

De même, lorsque le licenciement intervient pour un motif économique, de nombreux éléments doivent faire l'objet d'un jugement d'existence. Cette exigence est le produit de la définition même du licenciement pour motif économique. Il est à noter qu'ils constituent à la fois une condition de l'application de ces licenciements et une condition de leur justification. L'employeur devra ainsi montrer la réalité factuelle des difficultés économiques, mutations technologiques ou perte de compétitivité subie par l'entreprise. Il devra en outre montrer que ces évolutions conduisent à la suppression ou à la modification de l'emploi du salarié. Il devra également prouver l'impossibilité matérielle de reclasser le salarié dans l'entreprise.

Enfin, en présence d'un traitement en apparence discriminatoire, l'employeur devra prouver que la différence est « *objectivement justifiée* »[1556]. Sans doute faut-il entendre que ses justifications prennent appui sur des faits matériellement vérifiables : spécificité de l'organisation du travail dans l'entreprise, organisation spécifique d'un marché, grille salariale prenant en considération d'autres critères, etc.

497. Artefacts

L'argumentation prend parfois appui sur des « *faits* » d'une grande complexité. Elle présente alors comme « *objectifs* » des éléments qui relèvent en réalité d'un construit argumentatif[1557] dont l'aspect rhétorique est peu visible. Il en est ainsi de la référence à des normes comptables, souvent présentées comme incontestables, mais qui traduisent une perception très spécifique de la réalité.

Il en est de même lorsque des arguments prennent appui sur des constructions sociales et techniques complexes. M. Chateauraynaud a ainsi montré comment les agents invoquent dans les disputes des artefacts qui permettent de donner un sens aux conduites[1558]. La caractérisation d'une faute professionnelle dans une entreprise exige que soit déterminée la part imputable aux personnes, à l'organisation, et aux dispositifs techniques. Les sociologues montrent ainsi l'importance des « *investissements de forme* », qui visent à coordonner les actions, et permettent de caractériser les défaillances des états de choses[1559]. Dans l'ordre juridique, l'importance de tels dispositifs doit être mise en avant. La définition des fautes et la fixation de l'échelle des sanctions dans le règlement intérieur permet par exemple

---

1553. Soc., 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 597 ; Soc., 9 janvier 1991, Bull. civ. V, n° 1, Dr. soc. 1992 p. 32 note F. Gaudu. Cf. Supra n°450

1554. De tels faits sont toujours mis en avant dans les arrêts retenant ce motif de licenciement. Voir par exemple Soc., 4 janvier 1979, Bull. civ. V, n° 3 (erreurs répétées) ; soc. 2 février 1978, Bull. civ. V, n° 85 (qualités d'ordre et d'organisation insuffisants)

1555. Soc., 1er juillet 1981 D.O. 1982, p. 180.

1556. CJCE *Bilka*, prec., Aff. 170/84 du 13 mai 1986, Rec. p. 1607

1557. argument de définition, voir infra n° 508

1558. F. Chateauraynaud, *La faute professionnelle*, Métailié, 1991, p. 222 sq.

1559. L. Thévenot, *Les investissements de forme,* in *Conventions économiques*, Cahiers du CEE, Puf, 1985, p. 21

par avance de définir la manière dont seront appréciés les comportements dans l'entreprise. De même, la mise en place de dispositifs de surveillance des salariés permet de prouver les manquements des salariés aux règles d'organisation. La seule limite que pose la Cour de cassation à l'utilisation de ces dispositifs réside dans une information des salariés sur leur existence[1560].

498. Sélection et pondération des faits

La référence à des faits dans un discours présente nécessairement un aspect rhétorique, dû à leur nécessaire sélection. Motulsky avait déjà montré l'importance que prend en droit la notion de fait pertinent[1561]. Seuls sont mobilisés par les parties, puis par le juge dans la motivation de sa décision les faits pertinents, c'est-à-dire les faits qui peuvent servir de présupposé à une règle de droit. En matière de justification, le présupposé étant un simple standard, les faits pertinents désignent ici les faits qui peuvent être considérés comme raisonnables ou légitimes. Les faits qui pourraient conduire à qualifier de déraisonnable le choix sont évidemment tus par le justiciable.

Lorsqu'ils ne peuvent être ignorés, les faits pertinents peuvent faire l'objet d'une pondération. Il convient alors de présenter d'autres faits dont l'importance sera montrée comme supérieure (lieu de la quantité) dans la décision examinée.

b) Qualification des faits

499. Jugement d'existence et jugement de valeur sur les faits

Une fois les faits établis en fonction des règles de preuve, se pose la question de leur qualification. Ainsi, le comportement du salarié établi, il conviendra de se demander s'il peut être qualifié de *fautif*. La cause du licenciement étant fixée, il faudra se demander si elle est *sérieuse*. La raison d'une différence de traitement établie, il faudra se demander si elle est *légitime*. La qualification consiste donc à apposer un prédicat à un état de choses.

Deux activités cognitives de nature différente sont donc à distinguer : le jugement d'existence sur la réalité des faits et le jugement de valeur sur leur qualification. Il convient cependant de souligner que ces deux opérations ne sont souvent pas dissociées dans le temps. La pensée syncrétique des magistrats les conduit souvent à déduire la qualification du seul examen des faits. L'aspect rhétorique de la référence à des faits mérite donc également d'être souligné à ce titre. Bien qu'il soit impossible d'inférer une norme ou une valeur de faits (*Loi de Moore*), la pensée naturelle déduit souvent du simple énoncé des faits la qualification qu'il convient de leur appliquer. La qualification n'est donc pas seulement le résultat d'une évaluation du juge sur les justifications. Elle est l'objet d'une lutte pour le sens qui oppose les justiciables. Cette opposition prend pour l'essentiel appui sur l'énonciation des faits eux-mêmes.

500. Le juge-herméneute

La qualification donnée aux faits résulte d'une opération d'interprétation[1562]. Elle consiste à prendre le fait comme un signe d'une propriété qui peut lui être reconnue. La qualification s'apparente ainsi à une activité herméneutique.

1560. Soc., 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101 ; Soc., 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 519

1561. H. Motulsky, Thèse principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948

1562.T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit,* préface J. Carbonnier, LGDJ, 1988

Selon M. Ivainer, cette découverte du sens est essentiellement le reflet du système axiologique du juge[1563]. Sans mettre en cause ce postulat, il semble important de montrer l'importance prise par la narration sur cette opération de qualification. La sélection et la pondération des faits, ainsi que la manière dont ils sont présentés orientent de manière évidente le juge vers le choix d'une qualification.

501. Les préqualificateurs

Ainsi que X. Lagarde l'a montré, les parties avancent dans le litige des propositions de preuve que le juge pourra retenir ou non[1564]. Parmi ces propositions, certaines concernent la qualification à donner aux faits. La manière dont le juge accepte ou non une telle qualification est cependant mal connue. La logique est impuissante à rendre compte du parcours opératoire du juge. Dans une importante étude consacrée à cette question, M. Ivainer[1565] a établi que le passage entre le fait et sa qualification nécessite souvent une étape intermédiaire, qu'il dénomme la *préqualification*. Cet auteur a montré qu'un hiatus sépare les phénomènes du monde sensible, par nature singuliers, et les catégories normatives, par nature générales et abstraites. Le passage du fait à sa qualification nécessite alors l'utilisation de catégories intermédiaires dans le langage naturel. Celles-ci sont mises en avant par les justiciables, et souvent reprises par les magistrats dans leurs motivations. Elles fonctionnent comme un indice[1566] qui influence l'interlocuteur sur la qualification à retenir.

Ainsi, dans le registre de la faute, le juge portera une particulière attention aux qualificatifs prêtés aux actes : les faits en question étaient-il *permis*, le comportement était-il *prudent*, l'acte était-il *volontaire*, etc. L'examen des arrêts des juges du fond permet de comprendre le rôle de ces *préqualificateurs*. Dans un arrêt relatif au licenciement pour faute grave d'un salarié qui s'était absenté à diverses reprises afin de jouer aux boules et aux cartes dans un café, une Cour d'appel met en balance différents qualificatifs afin de montrer que le comportement peut être constitutif d'une faute sérieuse mais non grave. Elle souligne ainsi que son comportement, qualifié par l'employeur « *d'inadmissible* », ne peut être accepté en raison de « *l'exemplarité* » du comportement que doit tenir un cadre, compte tenu de « *l'autorité* » qu'il exerce sur les salariés de l'entreprise. Ce comportement est vu comme de nature à « *nuire à l'image de la société ou à son autorité* » Par contre, ce comportement ne peut constituer une faute grave en raison de l'absence de tout autre reproche fait au salarié, et des bons résultats de son travail[1567]. L'exemple montre très clairement la manière dont procèdent les juridictions. A partir d'une situation factuelle (des activités de loisir effectuées pendant le temps de travail), les magistrats portent une appréciation morale sur ces faits (comportement nuisible à l'entreprise / salarié irréprochable par ailleurs). Ces préqualificateurs permettent d'aboutir à la qualification retenue (faute sérieuse).

1563. id. p. 125 sqq.

1564.X. Lagarde, n° 47 sqq.

1565. T. Ivainer, prec. p. 157 sqq.

1566. Etymologie : l'indice est comme l'index (de la main) un élément qui indique la direction à suivre.

1567. Dijon, 1er juillet 1997, n° 392, *MAAF c/ Perez*, n. pub.

La démarche est la même pour apprécier la légitimité d'une raison économique. Dans l'arrêt de renvoi *Vidéocolor*, la Cour d'appel de Paris a considéré que la raison économique était illégitime[1568]. Les faits étaient constitués par une mesure de délocalisation afin de réduire les coûts de production. La Cour d'appel estime que cette délocalisation privilégie les « *seuls intérêts financiers immédiats* » de l'entreprise, et que les salariés « *supportent seuls* » les conséquences négatives de la décision. De cette situation, elle déduit que la cause économique n'est pas sérieuse.

Il convient de remarquer que l'argument le plus persuasif est celui invoqué par le locuteur lui-même. Il est donc important pour le juge de s'emparer des *préqualificateurs* mobilisés par les justiciables afin de montrer qu'il partage les valeurs invoquées ou que le locuteur a lui-même reconnu la qualification qu'il convient d'appliquer aux faits.

B. RÔLE DE LA CONTRADICTION

502. Principe du contradictoire

La conviction sur le bien fondé d'un argument est également fortement tributaire du déroulement de l'argumentation, spécialement du respect de la contradiction. Par nature, le litige judiciaire constitue une opposition entre deux prétentions, c'est-à-dire entre deux perceptions différentes de la réalité. Pour que le choix du juge soit légitime, il est donc nécessaire qu'il ait connaissance de ces deux visions du monde.

Le droit judiciaire se fait l'écho de l'importance de cette règle, en érigeant en principe général gouvernant l'instance[1569]. L'importance de ce principe est encore accrue dans les litiges sur la justification des choix patronaux. Comme nous l'avons vu, ces litiges opposent non seulement deux prétentions normatives, mais deux conceptions différentes de la justice. Avant d'opérer son choix, le juge doit donc entendre ces deux prétentions.

503. Syllogisme alternatif

Le choix du juge est en réalité favorisé par le fait que la solution du litige résulte du choix entre un nombre fini de possibilités. Dans les litiges les plus clairement délimités, le raisonnement prend la forme d'un syllogisme alternatif[1570]. Le choix du juge est ici binaire : il opère une sélection entre deux propositions incompatibles entre elles. La sanction disciplinaire peut ainsi être proportionnée *ou* disproportionnée. La solution sera influencée par les propositions mises en avant par les justiciables, et les préqualificateurs qu'ils valorisent. Le raisonnement du juge n'est pas très différent ici de l'image traditionnelle représentant la justice comme une opération de pesée. Le juge confrontera les prétentions des parties en les évaluant et en les pondérant.

1568. CA Paris, 18e chambre A, 29 avril 1997, D. 1999, J. p. 44

1569. Voir M. A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988

1570. T. Ivainer, prec., p. 72 sqq.

L'admission d'une thèse dépendra beaucoup de la contradiction qui lui est apportée. Celle-ci rend plus ou moins vraisemblable les prétentions adverses.

§2. LES OUTILS DE LA CONVICTION

504. Enthymèmes et exemples

La force d'un argument ne provient pas seulement de l'impression produite par la narration d'une histoire cohérente et prenant appui sur des faits vérifiables. Elle résulte également d'un appui sur la manière dont sont enchaînés les arguments. Un acte est effectué « *parce que* », « *afin que* », ou « *malgré* » telle autre situation ou autre événement.

Aristote remarquait déjà que toute argumentation repose sur deux moyens de (dé)monstration : l'exemple et l'enthymème. Le premier désigne un raisonnement par induction qui déduit d'un fait une règle. Le second est un syllogisme[1571] partiel. Il se caractérise en premier lieu par le fait qu'il intervient dans des domaines dans lesquels la certitude est impossible. Ses prémisses, nommées *endoxa*[1572], ne sont que vraisemblables, et non certaines. Par ailleurs, l'enthymème est souvent tronqué : tous les éléments qui régissent le déroulement de l'argumentation ne sont pas exprimés.

505. Éléments de logique propositionnelle

Dans le cas de l'exemple, comme dans celui de l'enthymème, l'argumentation repose sur le lien opéré entre deux propositions langagières. La persuasion ne provient donc pas uniquement de ce qui est signifié par chaque proposition, mais du lien entre les propositions mis en avant par le locuteur.

Par la forme, l'argumentation s'apparente ainsi à la démonstration. Sa force provient du lien qu'elle opère entre des propositions. Elle relie les prémisses, point de départ du raisonnement, à une conclusion. Prenons l'exemple de la proposition « *vous me coûtez trop cher, donc je vous licencie* ». Cette phrase fait le lien entre deux propositions de nature différente. Les prémisses peuvent faire l'objet d'un accord universel ou particulier c'est-à-dire propre à l'auditoire. Comme dans la plupart des enthymèmes, la Majeure est implicite. Il faut décomposer la proposition en une Majeure (*il est possible de licencier un salarié qui coûte trop cher*) et la mineure (*vous me coûtez trop cher*). Ces deux points peuvent faire ou non l'objet d'un accord entre l'orateur et l'auditeur. La conclusion est de nature différente. Elle est présentée comme une déduction des prémisses. Elle n'est donc pas acceptée pour elle-même, mais en raison du lien opéré entre elle et les prémisses. Les propriétés des prémisses font donc l'objet d'une translation qui confère à la conclusion la même valeur que celle octroyée aux prémisses. Si on reconnaît le licenciement

1571. Définitions : *Enthymème* provient du grec enthumema, « *ce qu'on a dans l'esprit* » (de *en*, dans et *thumos*, esprit). Il désigne chez Aristote un syllogisme dialectique, fondé sur le probable. Il désigne le syllogisme de la rhétorique. Le *syllogisme* (du grec *sun*, avec, et *logizesthai*, penser, calculer), désigne une conclusion déduite de prémisses. En principe, le syllogisme part de prémisses certaines et aboutit à une conclusion certaine.

1572. *Endoxon*, plur. *endoxa* : qui est l'objet d'un accord entre interlocuteurs

comme légitime ici, c'est parce que les prémisses le sont également, et que l'orateur a opéré un lien entre les deux propositions.

506. Pluralité des liens logiques

La force des travaux de Perelman réside dans la démonstration de la pluralité des liens logiques opérés entre les propositions. Ceux-ci ne se limitent nullement à l'induction (exemple) ou à la déduction (enthymème). Les langages naturels permettent d'exprimer une grande diversité de liens entre les propositions.

Perelman a l'ambition de fonder une rhétorique qui permette l'analyse de toute argumentation. Il présente donc une très grande gamme d'arguments. Il distingue si ces arguments opèrent comme des règles de logique[1573], comme des arguments basés sur la structure du réel[1574] ou comme des arguments fondant la structure du réel[1575]. La distinction de ces trois catégories est quelque peu difficile à saisir ; elle est en outre trop large par rapport à l'étendue des arguments mobilisés dans la justification des mesures de gestion du personnel.

Il semble plus simple de distinguer deux catégories de liens logiques opérés entre les propositions. Une première série de liens est tirée des caractéristiques inhérentes à l'état de choses examiné. L'orateur prétend qu'en raison des caractéristiques qui affectent cet état de choses, une autre proposition peut être déduite. Ces liens sont donc des arguments d'ordre ontologique, tirés de l'essence même des choses. La seconde série de liens résulte d'une observation du réel. Ils s'inspirent de l'expérience, de l'observation des états de choses et des liaisons découvertes en eux. Ces arguments sont des arguments d'ordre empirique.

Cette distinction nous permettra de rappeler la majorité des arguments mis en avant dans le Traité de l'argumentation. Des exemples empruntés au groupe de normes étudié permettront de montrer la force du cadre d'analyse de l'argumentation proposé par Perelman.

A. ARGUMENTS D'ORDRE ONTOLOGIQUE

507. Nombre d'arguments tirent leur force de l'idée que les être ou les choses sont doués d'une essence implicite, qui les met en correspondance avec d'autres états de choses. Contrairement aux arguments d'ordre empirique, ces principes sont donnés a priori, et ne font pas appel à l'expérience.

Le fait que cette ontologie relève d'une vision simpliste des choses importe assez peu : il convient uniquement de relever que le langage ordinaire utilise fréquemment ce genre d'arguments, et ceux-ci emportent facilement la conviction.

Les principaux arguments d'ordre ontologique sont les règles d'identité, la règle de justice, ainsi que les figures de la dissociation.

1573. Arguments quasi logiques, TA §46 sqq.
1574. TA §60.
1575. id. §78 sqq.

1. Figure de l'identité

508. Définitions et classifications

La figure de l'identité est celle qui associe une propriété à la définition de l'identité d'un état de choses. La définition permet de préciser ce que sont les états de choses, de les classer, de les catégoriser.

L'argumentation peut ainsi prendre appui sur des figures remarquablement construites. Elle nécessite que l'orateur classifie et définisse les notions qu'il utilise afin de leur attribuer des propriétés. Bien que la définition semble très proche des mécanismes de démonstration, elle comporte un aspect rhétorique important. Ainsi que Perelman l'a montré, définir consiste toujours à choisir une signification destinée à convaincre l'auditeur[1576].

509. Coexistence

Complémentaire de la figure de la définition, la coexistence consiste à associer un attribut à l'essence d'une chose. Cette figure permet de mettre en relation des phénomènes de nature différente afin de convaincre l'auditeur du bien fondé d'une proposition. Elle permet par exemple d'établir des prévisions à partir d'un état de choses présent. Elle permet également d'appréhender l'essence d'une personne à partir des actes qu'elle commet. L'adage « *qui a bu boira* » utilise par exemple un tel argument. De même, dans le droit disciplinaire, les fautes commises par un salarié sont souvent utilisées comme une manifestation de caractéristiques essentielles de la personne. Il est admis qu'elle puisse être sanctionnée ou licencier afin d'éviter une réitération du comportement fautif.

510. L'utilisation des définitions dans les règles du licenciement pour motif économique

La justification des mesures de gestion du personnel exige souvent de l'employeur qu'il définisse les notions qu'il mobilise. Les règles sur la justification des licenciements pour motif économique, marquées par une forte vision industrielle de l'entreprise[1577], sont très friandes de ce genre d'arguments. Elles sont même marquées par une obsession de la construction de règles qui permettent d'identifier, de classer, de hiérarchiser, et de définir. La notion d'emploi supprimé ou modifié (L. 321-1 C. Trav.) nécessite ainsi que l'employeur construise et explicite ce qu'est l'emploi du salarié afin de prouver que cet emploi a été supprimé ou modifié. L'employeur dispose pour ce faire d'une certaine latitude. Les spécialistes des relations industrielles montrent ainsi que l'emploi peut être construit de diverses manières[1578] : l'emploi peut être compris sous un angle purement financier ou en fonction des besoins d'efficacité de l'organisation.

De même, la preuve de l'exécution de l'obligation de reclassement dans l'entreprise ou le groupe imposée par la jurisprudence[1579] nécessite la définition et la classification des emplois afin d'examiner si le salarié peut être reclassé. Une telle grammaire est en particulier exigée pour déterminer l'espace de reclassement dans le

---

1576.C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. § 50

1577. voir infra n° 574

1578. Voir L. Mallet, *La détermination du sureffectif dans l'entreprise*, Travail et emploi, 1995, p. 90 ; L. Mallet et ML Morin, *La détermination de l'emploi occupé*, Dr. soc. 1996 p. 660

1579. Soc., 8avr. 1992, Bull. civ. V, n° 258. Voir supra n° 411

groupe de société. La détermination de l'espace de permutabilité du personnel nécessite de définir la manière dont les entreprises sont organisées[1580].

Ces règles d'identification jouent enfin un rôle particulièrement important en matière d'égalité de traitement. La détermination des travaux de valeur égale, indispensable à la comparaison des situations, exige toute une grammaire pour identifier la manière dont est organisée l'activité des salariés. La Commission européenne a élaboré un Code de conduite indicatif destiné à suggérer la manière dont doivent être construits des systèmes de rémunération neutres à l'égard du sexe des salariés[1581].

Ces quelques exemples montrent le rôle important joué par les définitions, pour catégoriser les situations, et comprendre pourquoi un choix a été effectué. La règle de l'identité connaît une figure particulière avec la règle de justice, qui autorise non seulement d'identifier et de classer des états de choses, mais aussi de leur appliquer une règle spécifique.

2. La règle de justice

511. Définition

Les arguments fondés sur l'identité des choses permettent non seulement de les classer, mais encore de leur appliquer une règle, nommée par Perelman « *règle de justice* ». Elle se définit comme l'exigence d'un traitement identique pour tous les êtres d'une même catégorie[1582]. Elle suppose donc une comparaison entre un état de choses et des états de choses voisins érigés en modèle. La difficulté en la matière est toujours de déterminer comment doivent être identifiées les classes d'égaux.

L'argument n'est cependant jamais absolu. Il est toujours difficile de dire quand deux états de choses appartiennent à une même catégorie. L'irréductible spécificité de chaque état de choses permet souvent d'exclure l'application de cette règle en raison de la non-appartenance de la situation examinée à celle qui sert de référence. L'utilisation de la figure de la dissociation[1583] permet donc aisément de rejeter l'application de la règle de justice.

512. Application : l'égalité de traitement

La règle de justice peut d'abord être invoquée par les employeurs. L'invocation d'une règle de l'entreprise permet ainsi de légitimer certains choix. En matière disciplinaire, la définition d'une échelle des sanctions dans le règlement intérieur (article L. 122-34 al. 4), permet précisément de justifier le choix d'une sanction déterminée en présence d'un manquement. La seule référence à cette règle ne suffirait certainement pas pour que la sanction soit considérée comme légitime par une juridiction. A tout le moins pourrait-on affirmer qu'elle permet de montrer que

---

1580. Cf. Soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n° 123, prec. : le reclassement est déterminé dans le groupe « *parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »

1581. Code de conduite concernant l'application de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes pour un travail de valeur égale. Communication de la Commission des Communautés européennes : COM(96) 336 final du 17 juillet 1996, LS, Législation sociale n° 7515 du 21/08/1996

1582. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. § 52

1583. voir infra n° 513

la sanction est *justifiée*, mais le raisonnement doit prendre appui sur d'autres éléments pour montrer qu'elle est *proportionnée* au sens de l'article L. 122-43 du Code du travail.

La règle de justice est cependant le plus souvent une revendication des salariés. L'importance de cet argument dans l'essor de l'impératif de justification a déjà été évoquée[1584]. Cette règle est à l'origine des constructions du droit relatives à l'égalité de traitement. L'appartenance de plusieurs salariés à une même catégorie est invoquée en ce cas afin de réclamer l'application d'une règle identique. La difficulté inhérente à cette technique consiste à la délimitation de l'espace des semblables[1585]. La force de cet argument est telle que certains refus de son application semblent aujourd'hui discutables. La Cour de cassation a par exemple refusé de faire application de la règle du traitement identique lorsque l'employeur prononce des sanctions différentes pour une même faute. La Cour de cassation laisse ici l'employeur libre du choix de la sanction au nom du pouvoir d'individualiser les sanctions qui lui appartient[1586]. L'application de la règle de justice devrait au moins conduire à exiger de l'employeur qu'il justifie cette différence de traitement.

3. Figures de la dissociation

513. À l'inverse de la règle d'identité, la figure de la dissociation est celle qui dissocie deux états de choses qui semblaient liés.

Cette figure est spécifiquement invoquée lorsque le contradicteur soulève une incohérence ou invoque l'application de la règle de justice. L'argument de dissociation permet alors de rétablir une cohérence ou de réfuter la revendication d'égalité.

Parmi les figures de la dissociation, Perelman a montré l'importance de celle opérée entre l'apparence et la réalité[1587]. Elle consiste à montrer que la situation présentée par le contradicteur est trompeuse, et ne correspond pas à la « réalité », l'essence de la chose. Cette figure exige donc de distinguer un donné immédiat, présenté comme erroné et un second terme, qui se distingue du premier, présenté comme vrai.

514. Cette figure est très importante dans les débats sur la justification des mesures de gestion du personnel. Elle est à l'évidence présente dans la figure de la « *cause réelle* » en matière de licenciement. La dissociation entre la réalité et l'apparence n'est plus seulement un argument, mais conditionne l'application d'une règle juridique. La démonstration du caractère erroné du motif invoqué permet de sanctionner directement l'employeur. Cet argument de dissociation peut également être invoqué, même lorsque la norme ne prescrit pas l'obligation d'alléguer des

1584. Voir supra n° 186 sqq.

1585. Cf. supra n° 297 sur la question de la pertinence des statistiques permettant de montrer une discrimination indirecte.

1586. Soc., 15 mai 1991, Bull. civ. V, n° 236 ; Soc., 14 mai 1998, Bull. civ. V, n° 250, Dr. soc. 1998 p. 709 obs. A. Jeammaud. Voir supra n° 208

1587. op. Cit. § 90

motifs réels et sérieux. La justification d'une mesure par un motif qui ne semble pas vrai, assimilable à un mensonge, permet de montrer que le motif n'est pas légitime.

L'argumentation s'appuie parfois sur des arguments d'une tout autre nature : les arguments d'ordre empirique.

B. ARGUMENTS D'ORDRE EMPIRIQUE

515. Définition

Les arguments d'ordre empirique[1588] sont des arguments imposés par l'expérience commune. Ils ne sont pas directement déduits d'une ontologie, mais ils s'imposent par une connaissance pratique des choses. Guidés par leur expérience, les locuteurs peuvent s'accorder sur la vraisemblance des arguments avancés.

Il est à noter que le classement proposé n'est qu'une manière de repérer les différentes sortes d'arguments. L'ontologie n'est pas exclusive de l'empirisme. Il semble cependant possible d'affirmer que les arguments basés sur l'expérience pratique opèrent une liaison par essence différente de celui basé sur la nature des choses. Le classement proposé est donc une simple typologie, et non une classification systématique. L'imprécision des arguments utilisés par la raison pratique rend difficile une telle entreprise. La typologie proposée par Perelman ne semble pas pouvoir échapper non plus à une telle critique.

Deux arguments, d'une considérable importance pratique, relèvent d'une argumentation basée sur l'empirisme : la causalité (1) et la finalité (2).

1. Causalité

516. Notion de cause

L'argumentation basée sur la cause est celle par laquelle un événement est expliqué comme déterminé par un état de choses antérieur. En toute rigueur, le terme « *cause* » ne devrait pas être appliqué à des actes humains, caractérisés par la liberté d'action[1589]. Il devra donc être entendu ici dans une acception large, comme les raisons qui conduisent à un choix humain. Reconnaître aux actes humains une cause suppose donc l'acceptation du postulat que les comportements humains sont raisonnables. En raison de l'indétermination des actes humains, cette attribution consiste à sélectionner et hiérarchiser les raisons d'agir.

L'attribution d'une cause à un acte comporte une importante dimension argumentative. En examinant l'acte dans un contexte élargi, permettant de comprendre les raisons qui conduisent à cet acte, il est possible d'approuver un choix, chose que ne permet souvent pas le seul examen de l'acte[1590]. Licencier un salarié semble condamnable. Licencier un salarié qui a commis un vol ou qui

---

1588. Etymologie : le radical « *per-* » (qu'on retrouve dans expérience et expert) signifierait « *aller de l'avant* », « *tentative* » ou « *expérience* ». Les empiristes étaient à l'origine une catégorie de médecins, qui tiraient leur savoir de leur expérience pratique (*Dictionnaire historique de la langue française*, prec., V° *Empirique*)

1589. Voir supra n° 133

1590. Austeen, *A plea for excuses*, prec.

n'acquitte pas son travail de façon satisfaisante ne semble pas blâmable. L'attribution d'une cause à l'acte permet ainsi souvent de légitimer l'acte.

517. Identification de la cause

Le raisonnement pratique par lequel une cause est attribuée à un acte est une opération complexe. Comme nous l'avons noté, attribuer une cause, c'est privilégier l'une des raisons qui ont pu être à l'origine de l'état de choses constaté. Il convient donc d'opérer dans la réalité, magma de faits indéterminés, un découpage, et de privilégier l'un de ces faits comme cause de l'acte. L'orateur doit ensuite convaincre l'auditeur du bien fondé de ce lien logique. Le choix est subjectif, mais nullement arbitraire[1591]. L'attribution d'une cause est d'abord fortement induit par la narration. En exposant les faits, l'employeur suggère l'établissement d'un lien causal. La narration, appuyée sur l'appel à des valeurs partagées, permet seule d'établir ce lien causal. La logique n'intervient en réalité que très peu dans l'attribution de ce lien causal.

518. Absence de logique dans l'attribution du lien causal

Parmi les nombreuses études consacrées à l'étude de la causalité, il convient de rendre compte de la contribution importante du philosophe britannique Stephen Toulmin[1592]. Cet auteur a montré que l'attribution d'un lien causal entre deux propositions dans le domaine de la raison pratique procède d'une complexité que la logique n'est pas parvenue à mettre en valeur. Il raisonne sur des enchaînements entre des propositions du type « *D donc C* », équivalente à « *C parce que D* ». Le passage des données (D) à la conclusion (C) nécessite entre les deux une proposition intermédiaire qui permet de garantir l'inférence. Les logiciens depuis Aristote n'ont théorisé ce genre de raisonnement que sous forme de syllogismes. Or ceux-ci ne sont explicatifs du raisonnement que dans des langages formel, tels que les mathématiques.

Raisonnons sur un exemple classique de syllogisme. Il met en rapport trois propositions :

- mineure : x est un A (Socrate est un homme)
- majeure : Tous les A sont des B (Tous les hommes sont mortels)
- conclusion : x est un B (Socrate est mortel)

L'inférence ne peut cependant être valide que dans un langage formel, qui permet de délimiter strictement les classes de A et de B. Dans notre cas, la proposition « tous les hommes sont mortels » nécessiterait pour être vraie une vérification empirique, qui permette de constater qu'effectivement tous les hommes sont mortels. En ce cas, la prémisse est strictement incluse dans la conclusion. Il faut avoir vérifié que tous les hommes (y compris Socrate) sont mortels pour que le syllogisme soit valable. Le syllogisme est alors dit analytique, c'est-à-dire qu'il est une simple tautologie : la conclusion n'apporte aucune information supplémentaire par rapport aux prémisses. Une telle situation n'est possible que dans un langage formel, dans lesquels les classes sont strictement définies. Toulmin reproche aux logiciens de limiter leurs études à de tels raisonnements, coupés de la réalité pratique. Les syllogismes formés dans le monde pratique sont matériels : la conclusion apporte un contenu que ne contiennent pas les prémisses. Aristote faisait

1591.Voir P. Veyne, op. Cit, p. 42

1592. S.E. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, PUF, 1993 (L'édition anglaise date de 1958).

déjà remarquer qu'on ne peut véritablement parler ici de syllogisme, mais d'enthymème, car le raisonnement par de prémisses probables et n'aboutissent qu'à une conclusion probable[1593].

L'analyse de Toulmin permet d'affirmer que c'est l'idée même d'une conclusion probable qu'il faut approfondir. En quoi l'argumentation permet-elle d'aboutir à une conclusion probable ? Selon cet auteur, le raisonnement pratique n'est pas logique, mais au contraire il est une *rupture logique*[1594]. Aucune logique ne permet de passer des données à la conclusion. En d'autres termes, aucun raisonnement ne permettra de démontrer que tel acte a été causé par tel autre. Entre les données et la conclusion interviennent ce que Toulmin appelle des « garanties », c'est-à-dire des éléments de narration qui rendent plausible l'inférence entre les données et la conclusion. L'accord des auditeurs proviendra plus d'éléments affectifs que de la logique proprement dite. Autrement dit, le raisonnement pratique est ici particulièrement syncrétique, puisque la même narration permettra en réalité d'attribuer à un acte une cause, et ce faisant de le légitimer.

519. Exemple : le vol d'une paire de lacets, cause du licenciement

Ainsi, lorsque l'employeur affirme « *je vous licencie* (C*) parce que vous avez volé une paire de lacets dans mon magasin* (D) », il utilise un argument basé sur la causalité. La décision de licencier ne résulte cependant pas directement du larcin. Du vol ne peut être directement déduit le licenciement. Pour que la cause du licenciement soit le vol, il faut admettre une garantie, un principe qui justifie une telle conclusion. La Cour de cassation a admis une telle règle : « *le vol commis au préjudice de son employeur par le salarié constitue une faute grave* »[1595]. Dans cet exemple, la Cour de cassation admet à la fois que le vol a été la cause du licenciement, et que cette cause est légitime. La validité de l'inférence est ici basée sur l'appel à des valeurs tirées de la justice domestique[1596] : le fait de voler son employeur est répréhensible. Une telle affirmation peut invoquer une longue tradition morale. L'orateur et l'auditeur peuvent s'accorder sur la gravité du vol. L'argument quantitatif basé sur le caractère dérisoire du vol invoqué par le pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation. « *Qui vole un œuf vole un bœuf* » affirme le dicton populaire. La Cour de cassation a longtemps suivi ce précepte en déclarant que tout vol de biens de l'entreprise constitue en principe une faute grave.

L'exemple montre clairement que l'argument de la causalité, adossé à la référence à des valeurs socialement admises peut légitimer un licenciement.

520. Deuxième exemple : la double causalité du motif économique du licenciement

Le même type de raisonnement est opéré afin de déterminer si le licenciement revêt un caractère économique. Il est exigé ici que le licenciement résulte à la fois d'une suppression d'emploi et de difficultés économiques. Cette double causalité[1597] est impossible à démontrer selon les lois de la logique. La démonstration de la suppression de l'emploi suppose une décision sur ce qu'est un emploi et quand il

1593. *Rhétorique*, Liv. I, Chap. II, XII
1594. op. cit. p. 277
1595.Soc., 20 février 1986, Bull. civ. V, n° 28
1596. voir infra n°0
1597. Cf. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, prec. n° 461

peut être considéré comme supprimé[1598]. L'intervention des critères d'ordre du licenciement permet en outre à l'employeur de licencier un salarié autre que celui dont le poste est supprimé. L'imputation de la suppression d'emploi à des difficultés économiques nécessite en outre de prendre position sur le caractère contraignant de la décision de supprimer les emplois. Aucune règle logique ne permet de fixer un seuil de contrainte. La justesse du choix sera ici caractérisée par une argumentation de l'employeur montrant la difficulté de sa situation par rapport à celle de ses concurrents ou par le risque d'une aggravation des difficultés s'il ne procède pas au licenciement.

521. Le raisonnement sur les causes d'un acte

La causalité d'un acte est déduite pour l'essentiel d'une narration, ainsi que de l'appel à des valeurs qui permette un partage de la vision des choses entre l'auditeur et l'orateur.

L'auditeur peut cependant contester le lien causal établi par le locuteur. L'argument essentiel sera celui de la dissociation. Il opposera la cause invoquée à la cause « *véritable* » du licenciement. La réplique devra montrer que la dissociation ne peut être effectuée. L'employeur devra alors expliciter le lien causal en montrant le caractère nécessaire du licenciement.

2. Finalité

522. Définition

Le second argument d'ordre empirique est l'argument tiré de la finalité d'un acte. Perelman le nomme « *argument pragmatique* »[1599], mais le terme est sans doute trop large. L'argument finaliste est celui qui apprécie un état de choses en raison des conséquences produites ou attendues. L'acte est apprécié à l'aune de ses effets.

Perelman note la force argumentative de ce type d'argument. Il soutient qui plus est que le sens commun l'accepte sans qu'il soit besoin de le justifier, et que c'est à celui qui le conteste de justifier des raisons pour lesquelles il n'accepte pas ce raisonnement[1600]. Selon lui, cet argument opérerait « *un transfert émotif immédiat, non explicité* » entre la cause et ses conséquences[1601]. L'argumentation fait-conséquence permet de légitimer un acte : l'accord sur la valeur des conséquences est suffisant.

Tout comme l'argument fondé sur les causes d'un acte, l'argument finaliste ne présente aucune valeur logique identifiable. Il est pratiquement impossible de dire quelles sont les conséquences d'un acte. Cette difficulté est encore accrue lorsque les conséquences sont simplement envisagées et non encore avérées. Lorsqu'un salarié est licencié pour une raison disciplinaire ou pour un motif économique afin d'éviter une situation envisagée, il est impossible de dire si celle-ci adviendra ou non. L'imprécision des termes est en réalité telle qu'il est souvent difficile de dire si l'argumentation se base sur la cause d'un acte ou sur sa finalité. Le même état de

1598. Cf. supra n° 404
1599. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. § 62
1600. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, prec. § 62 p. 369
1601. id.

choses est souvent abordé à la fois comme la conséquence d'un état de choses avéré, et comme la cause d'une évolution attendue.

L'argument finaliste a été utilisé par de nombreuses doctrines. Les *utilitaristes* font de ce critère leur unique outil de mesure. Hirschman montre également que les conservateurs font grand cas de cet argument. L'une de leurs figures favorites consiste à affirmer que l'ordre existant serait mis en péril si la mesure n'était pas prise[1602].

523. L'argument finaliste dans le droit disciplinaire

Le droit disciplinaire est l'un des lieux d'élection pour l'argument finaliste.

La théorie de l'employeur seul juge de l'utilisation de son pouvoir disciplinaire peut même être considérée comme l'archétype des raisonnements conservateurs dénoncés par Hirschman[1603]. Il était affirmé que l'employeur était seul juge des sanctions qu'il pouvait prononcer en raison de la responsabilité qui lui incombe dans la gestion de l'entreprise. La reconnaissance de la souveraineté du pouvoir patronal était ainsi destinée à faciliter l'action du chef d'entreprise.

Bien que l'instauration d'un contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire ait profondément fait évoluer les justifications des sanctions disciplinaires, l'argument finaliste est demeuré très important. L'idée même de la reconnaissance d'un droit disciplinaire n'est d'abord pas très éloignée de l'idée d'une exemplarité de la sanction, destinée à maintenir un ordre dans l'entreprise. Toute mesure disciplinaire est en ce sens exemplaire : elle est prononcée afin que les autres salariés ne se comportent pas de la même façon.

De manière plus précise, des arguments finalistes doivent être avancés par le chef d'entreprise lorsqu'il prononce un licenciement pour faute grave. La Cour de cassation a défini la faute grave comme celle qui « *rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis* »[1604]. Cette définition oblige l'employeur à développer une argumentation dans laquelle il doit montrer que la finalité qu'il poursuit (le licenciement) est nécessaire au fonctionnement de l'entreprise.

Les argumentations développées par la Cour de cassation sur le licenciement de salariés pour des faits commis à l'extérieur de l'entreprise sont à remarquer à ce titre. La Cour de cassation, par exception au principe interdisant à l'employeur de prendre en compte les agissements extra-professionnels du salarié dans la justification du licenciement, admet une telle mesure lorsqu'elle est nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de cassation reconnaît ainsi que le vol d'un tableau par un cadre de haut niveau ayant environ 4200 personnes sous ses ordres peut justifier un licenciement pour faute grave[1605]. Développant une argumentation plus explicite, elle a admis le licenciement pour faute grave d'agents de surveillance ayant commis un larcin dans un supermarché extérieur à l'entreprise. La Cour de cassation considère en ce cas que le vol, « *compte tenu des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise* » porte atteinte au fonctionnement de celle-ci.

1602. A. O. Hirschman, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, prec. p. 137 sqq. Cet auteur dénomme ce type d'argument « *thèse de la mise en péril* »

1603. idem.

1604. Voir pour exemple Soc., 26 février 1991, Bull. civ. V, n° 97

1605. Soc., 7 février 1985, Bull. civ. V, n° 90

Le larcin risquait d'avoir un retentissement sur le crédit et la réputation de l'entreprise[1606]. Dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation avait retenu la même solution en affirmant qu'une société de gardiennage a « *l'obligation d'avoir un personnel dont la probité et l'honorabilité ne pouvaient être mises en doute* »[1607].

Signalons enfin que le Conseil d'Etat semble s'être rallié à cette argumentation. Il considère que l'autorisation de licencier un salarié protégé ne peut être critiquée lorsqu'une éducatrice est licenciée pour un larcin commis dans un supermarché[1608].

Dans tous ces cas, le licenciement n'est pas seulement légitimé par sa cause, le larcin commis par un salarié hors de son lieu de travail, mais par les conséquences que cet acte risque d'avoir sur le fonctionnement de l'entreprise, spécialement l'atteinte portée à sa réputation.

524. L'argument finaliste dans le licenciement pour motif économique

La justification des licenciements doit également prendre appui sur des arguments finalistes en matière économique. La consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement collectif porte d'abord sur des « *projets* »[1609], ou sur un « *plan* » de sauvegarde de l'emploi (L. 321-4-1). Ces notions ne peuvent s'entendre que dans une conception stratégique de la gestion de l'entreprise. Elles exigent de l'employeur qu'il établisse un projet partant de la situation de l'entreprise, et envisageant une évolution de sa situation. Le plan ou le projet est destiné à préparer cette évolution. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit permettre d'éviter des licenciement ou d'en limiter le nombre. La légitimité du licenciement sera alors appréciée tant à l'aune de la situation avérée que du projet que permet de réaliser la mesure. Sont particulièrement à remarquables à ce titre les mesures destinées au maintien de l'emploi dans l'entreprise. Bien qu'ils ne constituent que de maigres engagements juridiques, la Cour de cassation accepte de prendre en compte ces mesures dans la justification d'un licenciement pour motif économique.

De même, la notion de « sauvegarde de la compétitivité » exigée afin de justifier les réorganisations productives depuis les arrêts *Vidéocolor*[1610] requiert une semblable argumentation qui conjugue l'appréciation des causes du licenciement et les effets attendus de la mesure de licenciement. La réorganisation doit être effectuée *pour* sauvegarder la compétitivité. La notion même de sauvegarde suppose d'ailleurs une telle correspondance entre passé et avenir envisagé. La mesure doit pallier une forte perte de compétitivité, et permettre de préserver à l'avenir la situation de l'entreprise.

1606. Soc., 21 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 512
1607. Soc., 5 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 403
1608. CE 7 décembre 1990 ; Req. N° 97329
1609. cf. L. 432-2 en cas d'introduction de nouvelles technologies
1610. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc. 1995 p. 488

Les règles de la rhétorique permettent d'étudier comment les arguments persuadent un interlocuteur. Les règles de la logique n'ont cependant qu'une force de conviction limitée, car ces raisonnements n'aboutissent qu'à des conclusions probables, mais non certaines. La conviction nécessite alors que l'interlocuteur étaye ses arguments par l'appel à des topiques, des valeurs communément admises par tout un chacun.

Chapitre 2

RECHERCHE SUR LES VALEURS JUSTIFICATIVES

525. Part d'oratoire inhérente au discours justificatif

Si la justification s'identifie essentiellement à l'obligation de soumettre les raisons d'agir au contrôle d'un tiers, l'essentiel de ce contrôle réside dans un examen de l'argumentation patronale. Le caractère limité de la raison pratique ne permet cependant pas à l'argumentation de montrer de manière certaine que ces raisons sont légitimes.

La conclusion qui s'impose est alors celle de l'irrémédiable part *d'oratoire*, d'affectivité, qui irrigue l'argumentation. La conviction du bien fondé d'un choix ne peut être acquise que par un appel aux sentiments et émotions.

Une part de ces émotions est sans doute imputable à un ensemble d'éléments d'ordre purement subjectifs : utilisation de figures de style élégantes, prestige de l'orateur, « *effets de manche* », etc. Il n'est cependant pas possible d'analyser la part de ces éléments dans les discours justificatifs, car ils demeurent peu apparents. Le savoir juridique, inspiré d'une culture écrite, fait peu de place à l'étude du *pathos* et de l'*ethos*. Sans doute les magistrats sont-ils toujours sensibles à cette dimension de l'argumentation. L'éloquence demeure l'un des éléments importants du fonctionnement de la justice.

Il est plus aisé de montrer que le discours argumentatif s'appuie sur des éléments qui échappent à la logique formelle en mettant en évidence le rôle essentiel que jouent les valeurs dans toute argumentation. La conviction, dans le domaine de la raison pratique, doit faire appel à des sentiments partagés entre l'orateur et l'auditeur.

Si l'appréhension des valeurs a longtemps fait l'objet de réserves (Section 1), il semble aujourd'hui possible de montrer le rôle qu'elles jouent dans les discours justificatifs, en adoptant une démarche pragmatique. Un modèle de connaissance des valeurs sera proposé à partir des Economies de la grandeur de MM. Boltanski et Thévenot[1611] (Section 2).

1611. L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les Economies de la grandeur*, Gallimard, 1991

Section 1. Les valeurs, objet de connaissance ?

Section 2 Un modèle de typologie des valeurs : les Economies de la grandeur

SECTION 1. LES VALEURS, OBJET DE CONNAISSANCE ?

526. Le droit comme discipline, à l'instar des autres sciences humaines, a longtemps refusé toute pertinence au discours sur les valeurs (§ 1). Une évolution semble aujourd'hui décelable en faveur d'une connaissance pragmatique des valeurs (§ 2).

Les développements qui suivent n'ont pas pour objet d'étudier de façon exhaustive la question fort débattue des rapports entre droit et morale. Ils sont destinés à fournir une base théorique permettant une étude juridique des valeurs justificatives.

§1. LES OBSTACLES THÉORIQUES À LA CONNAISSANCE DES VALEURS

527. Définition des valeurs

Le sens actuel donné à la notion de *valeur* semble tout au plus remonter au milieu XIXe siècle[1612]. A l'origine, la valeur semblait ne désigner que les propriétés immanentes à un être. Synonyme de l'actuelle notion de « *vaillance* », la valeur désignait depuis l'Antiquité les qualités de l'homme courageux. Parfois appliqué aux choses, le terme désignait une propriété inhérente à celles-ci[1613]. Les valeurs, dans cette pensée héritée du platonisme, ont une existence réelle[1614].

Les idées issues du positivisme ont conduit au rejet de cette pensée au cours du XIXe siècle. Les valeurs n'ont plus alors été vues comme appartenant à l'être, mais comme une appréciation du caractère plus ou moins désirable d'un état de choses, par l'application d'une échelle d'évaluation. En d'autres termes, les valeurs sont considérées comme le produit de l'application d'une règle permettant de mesurer la portée éthique des états de choses. La phénoménologie a achevé de dissocier les êtres et la valeur en séparant le monde des réalités et celui des valeurs. Celles-ci seraient devenues ce qui est en soi digne d'être désiré, des « *déesses immatérielles, désincarnées* »[1615]. On s'accorde donc à considérer aujourd'hui que les valeurs ont une existence, mais que celle-ci se distingue de l'existence des choses. Les valeurs sont définies par les normes éthiques alors que les choses appartiennent à la sphère de la réalité physique.

1612. M. Villey, Préface à la thèse de C. Grzegorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ 1982, p. 5

1613. id. p. 6

1614. C. Grzegorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, prec., p. 49

1615. M. Villey, prec, p. 7

528. Anticognitivisme éthique

Au-delà de la distinction entre le monde de la réalité et celui des valeurs, les auteurs se divisent sur la possibilité d'une connaissance et d'une objectivité des valeurs. Le courant dominant dans les sciences humaines considère que ces valeurs ne peuvent être un objet de connaissance. De même, les juristes, qu'ils pratiquent la dogmatique ou la théorie du droit, s'accordent en général sur le postulat de *l'anticognitivisme éthique*. Ce postulat désigne l'impossibilité de tout discours raisonné sur les valeurs. Celles-ci sont perçues comme l'expression de sentiments subjectifs, et ne peuvent constituer un objet de connaissance.

Ce postulat s'exprime dans les conceptions juridiques habituelles par deux assertions : l'impossible évaluation du droit par des valeurs morales extérieures et la reconnaissance du droit comme unique système de valeur pertinent.

A. LE REFUS DE TOUTE ÉVALUATION DU DROIT PAR DES VALEURS EXTÉRIEURES

529. Les rapports entre droit et morale

L'adoption du postulat de l'anticognitivisme éthique semble d'abord liée au refus des positivistes de toute évaluation du droit par des valeurs extérieures au système juridique[1616]. Kelsen traduit cette conception dans l'étude qu'il consacre aux rapports du droit et de la morale dans la *Théorie pure du droit*[1617]. Selon lui, les normes morales ne peuvent fournir aucun critère permettant d'apprécier tant la juridicité que la légitimité des normes. Il met en avant l'idée selon laquelle les normes morales sont relatives, et dépendent de l'appartenance à des groupes sociaux. Par conséquent, le jugement moral ne peut être que relatif et ne fournit aucun critère certain d'appréciation. « *Vérité en deçà des Pyrénées...* »

De la relativité des normes éthiques, il déduit l'impossibilité de toute étude des normes morales. Selon lui, la science du droit doit rejeter toute étude de ces normes.

B. LE DROIT COMME UNIQUE SYSTÈME DE VALEURS

530. Émotivisme

Pour les positivistes, non seulement le droit ne peut se soumettre à aucune appréciation par des valeurs extérieures, mais encore les seules valeurs qui peuvent être un objet de connaissance sont celles qui sont reconnues par le système juridique. La *Théorie pure du droit* de Kelsen reflète très exactement cette conception. Selon cet auteur, les jugements de valeur émis par les individus ne sont que le reflet de leurs émotions. L'assertion qu'un acte est bon ou mauvais, juste ou injuste est selon lui une simple approbation ou désapprobation émotionnelle. Cette assertion ne se

1616. Voir C. Grzegorczyk, op. cit. p. 28
1617. Kelsen, op. cit. p. 79 sqq

distinguerait pas des interjections « *bravo !* » ou « *à bas !* »[1618]. Cette affirmation reprend d'ailleurs les thèses philosophiques des tenants de *l'émotivisme éthique* que sont Ayer et Stevenson[1619]. Le jugement de valeur n'est donc pas un acte de connaissance, mais la simple expression d'une émotion. Kelsen en déduit que le jugement de valeur est un simple fait (*sein*) et non l'application d'une norme éthique[1620].

La théorie de Kelsen n'est d'ailleurs pas entièrement cohérente sur cette question. Il affirme à la fois que les jugements de valeur sont de simples faits, mais il reconnaît plus loin que la morale est constituée par un ensemble de normes[1621].

531. Cette contradiction prouve que Kelsen souhaite avant tout montrer l'impossibilité d'un regard extérieur sur les normes juridiques. Selon la science du droit qu'il préconise, l'étude du droit consiste en l'étude des seules normes valides, à l'exclusion de tout jugement de valeur sur le contenu de ces normes. Une norme peut être conforme à la morale comme elle peut ne pas l'être. La pluralité des règles morales en fonction des groupes sociaux exclut tout discours certain sur ces questions. Kelsen en déduit que les normes juridiques traduisent nécessairement un choix parmi des conceptions morales divergentes, et que seule la norme qui en résulte est digne d'attention. Il en résulte que les règles juridiques fondent toujours une valeur morale en même temps qu'une valeur juridique[1622].

Pour résumer, Kelsen réfute toute appréciation morale des normes juridiques, et soutient que les normes juridiques mettent en œuvre des règles qui peuvent être conformes ou non à la morale, mais ne peuvent être étudiées de manière scientifique que comme des impératifs catégoriques.

532. Le pluralisme des valeurs dans le système juridique

Les présentations habituelles du système juridique illustrent la conception kelsenienne des rapports entre règles morales et règles juridiques. La séparation du droit et de la morale conduit à rejeter toute appréciation morale du droit. Beaucoup de dogmaticiens commettent certes l'erreur naturaliste d'affirmer qu'un dispositif est bon ou mauvais, juste ou injuste. Sans doute ne vont-ils toutefois pas jusqu'à considérer que ce jugement de valeur porte atteinte à la validité des normes étudiées. Il correspond le plus souvent à un argument en faveur de l'adoption de normes différentes. Ces appréciations sont donc comprises comme un simple point de vue.

Les normes sont alors pour l'essentiel étudiées dans leur seule expression normative. On conçoit cependant aisément que le système juridique accueille des valeurs. Il est même possible d'affirmer que le droit met en œuvre un système de valeurs. Les branches du droit, principes et normes permettent d'ordonner les valeurs. On aurait pourtant tort de croire qu'une branche du droit ou une norme du droit établit une séparation étanche entre différentes « *sphères de justice* »[1623]. Les normes peuvent privilégier l'expression de certaines valeurs, mais le pluralisme propre aux sociétés démocratiques exclut que soient imposées par avance les valeurs

---

1618.H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* p. 27

1619. A.J. Ayer, *Language, truth and logic*, Londres, 1948 ; C.L. Stevenson, *Ethics and language*, Yale univ. Press, New Haven, USA, 1944. Voir C. Grzecgorczyk, op. cit., p. 90

1620. H. Kelsen, op. cit. p. 27

1621. id. p. 85 sqq.

1622. Kelsen, op. cit. p. 89

1623. Cf. M. Waltzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité,* Seuil, 1997

à privilégier. La mission du juge consiste précisément à arbitrer entre différentes conceptions de la justice. Le système juridique fournit un cadre dans lequel les justiciables peuvent mobiliser différentes conceptions du bien commun, et habilite le juge à arbitrer entre ces différentes prétentions. Cette conception des rapports entre le droit et les valeurs s'observe plus particulièrement lorsque les normes ont une texture ouverte.

533. Nécessaire approfondissement des valeurs dans les mesures portant justification

Il est impossible de considérer que les justifications patronales admises par les juridictions favorisent un type de valeur plutôt qu'un autre. Comme nous l'avons montré, les normes à structure ouverte autorisent l'expression de discours justificatifs, sans qu'il soit précisé d'avance quelles valeurs seront considérées comme pertinentes dans ces discours. Ces normes semblent au contraire caractérisées par le fait qu'elles accueillent des discours justificatifs variés, faisant appel à des valeurs très diverses. La compréhension des argumentations patronales et des décisions judiciaires exige que le postulat de l'anticognitivisme éthique propre au positivisme soit dépassé, et que soit retenue une méthode plus pragmatique d'analyse des valeurs.

§2. POUR UN COGNITVISME MODÉRÉ

534. La compréhension des justifications exige de dépasser le postulat anticognitiviste qu'ont adopté la plupart des positivistes. L'étude des valeurs retenues par les décisions de justice requiert que soit définie notre conception théorique des valeurs. Faute de pouvoir apporter des éléments originaux à cette importante question philosophique, nous retiendrons pour l'essentiel une position pragmatique, au fond assez proche de l'intuitionnisme, tout en gardant des réserves sur l'essence de ces valeurs.

535. Intuitionnisme

Certains auteurs retiennent un postulat contraire à celui qu'affichent les positivistes. Ils affirment que les valeurs peuvent être un objet de connaissance. Ils affirment qu'elles ne sont pas l'expression de la subjectivité de celui qui émet un jugement de valeur, mais correspondent à un véritable modèle, un objet de connaissance distinct du sujet qui se livre à une telle appréciation.

Cette conception est rare chez les juristes. Deux courants philosophiques ont adopté une telle démarche. En premier lieu, les néo-platoniciens ont affirmé que la valeur constituait une propriété naturelle des choses elles-mêmes, que la valeur est dans les choses[1624]. Le second courant a été initié par Moore. Celui-ci dénonce le néo-platonisme comme une « *erreur naturaliste* »[1625]. Dire qu'une chose est « *bonne* » ou « *juste* » est une affirmation essentiellement distincte de celle qui

1624. Voir C. Grzegorczyk, op. cit. p. 49 sqq

1625.G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge Univ. Press, 1903, cité par C. Grzegorczyk, prec. p. 61

décrit la chose comme étant « *petite* » ou « *bleue* ». L'attribution d'une valeur à une chose ne peut découler que de l'application d'un modèle, celui-ci étant essentiellement distinct de la chose elle-même. Cette conception des valeurs est connue sous le nom « *d'intuitionnisme* », car elle postule qu'il est possible d'avoir, de manière intuitive, une connaissance des valeurs. Elle est partagée par les phénoménologues ainsi que par les philosophes analytiques anglo-saxons[1626].

Il n'est pas besoin d'entrer dans les détails des controverses philosophiques concernant l'essence des valeurs. Les théories intuitionnistes étant combattues par des arguments théoriques d'importance, seule une version modérée de ce postulat peut être retenue.

536. Critiques de l'intuitionnisme

Les théories intuitionnistes ont été critiquées en raison de la naïveté des méthodes d'observation qu'elles proposent. La simple perception commune est érigée en mode de connaissance. Comme l'affirme M. Grzegorczyk, l'intuition est en réalité posée en axiome, « *afin de rendre cohérente une ontologie présumée d'avance* »[1627].

Par ailleurs, l'intuitionnisme érige en objet de connaissance les valeurs morales, sans mettre suffisamment en exergue le caractère pluraliste de la perception des valeurs. Ainsi, Moore s'interroge sur l'usage du terme « *bon* », sans souligner la diversité des prétentions dans la définition de ce qui est « bon ». Le danger de l'intuitionnisme est alors d'ériger en une qualité idéelle objective ce qui n'est qu'une valeur privilégiée par un groupe social[1628].

537. Conception proposée par M. Grzegorczyk

Dans une importante étude consacrée à la question de la théorie des valeurs, M. Grzegorczyk adopte une démarche intellectuelle qui permet à la fois une approche pragmatique des valeurs, et de tenir compte de la pluralité de celles-ci[1629]. Il les définit comme un « *fait social* », c'est-à-dire comme une réalité ayant une existence propre comme standard d'évaluation dans le monde social[1630]. L'habileté de la théorie de cet auteur réside dans l'affirmation d'une existence objective des valeurs, mais cette objectivité ne consiste qu'en une croyance partagée par un groupe social. Les valeurs existeraient donc objectivement, c'est-à-dire qu'il est possible de les observer, de les décrire et de préciser le modèle d'évaluation auquel se réfèrent individus et groupes sociaux. Cette objectivité n'est cependant pas extérieure aux individus. Elle constitue une réalité psychique.

Ce faisant, M. Gzregorczyk propose un modèle théorique équilibré. Il tient compte à la fois des critiques adressées aux théories cognitivistes, et de celles adressées aux anti-cognitivistes. La voie qu'il propose est médiane, puisqu'elle permet une description pragmatique des valeurs mises en avant par les individus ou groupes sociaux, tout en conservant une certaine distance à l'égard du phénomène observé.

1626.Voir C. Grzegorczyk, op. cit. p.65 sqq.
1627.op. cit. p. 84
1628.Voir C. Grzegorczyk, op. cit. p. 86 adde Kelsen, prec. p. 90 sq.
1629. C. Grzegorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, prec. 2e partie, p. 113 sqq.
1630. id. p. 116

Cette conception n'est d'ailleurs pas très éloignée de celle de Perelman lorsqu'il décrit l'argumentation. Tout en observant scrupuleusement les argumentaires, il garde une distance à l'égard de la pertinence des mécanismes argumentatifs, ainsi que le traduit le concept de persuasion qu'il met en avant dans le Traité de l'argumentation. Celui-ci suppose que l'accord n'est pas entièrement induit par le contenu des arguments développés, mais conserve une part de subjectivité.

Sans qu'il semble besoin de développer davantage ces prémisses théoriques, précisons que nous retiendrons des valeurs une conception proche de celle mise en avant par M. Grzegorczyk. Celle-ci nous permettra de rendre compte de manière pragmatique des valeurs adoptées par les individus et retenues par les décisions de justice, tout en admettant le caractère relatif des arguments.

Un tel cadre d'analyse peut être recherché dans la typologie des Economies de la Grandeur dressée par MM. Boltanski et Thévenot.

SECTION 2 UN MODÈLE DE TYPOLOGIE DES VALEURS : LES ECONOMIES DE LA GRANDEUR

538. Les Economies de la grandeur[1631] proposent un modèle d'analyse des valeurs de grande importance. Il est nécessaire de présenter le sens de leur démarche (§1) avant d'étudier l'apport possible de cet ouvrage à l'étude des justifications (§2).

§1. UN MODÈLE DU PLURALISME ÉTHIQUE

539. Les travaux de MM. Boltanski et Thévenot sur la justification autorisent la construction d'un cadre d'analyse pertinent, permettant de comprendre, d'identifier et de classer les principales valeurs à l'œuvre dans les sociétés contemporaines. Avant de livrer la typologie des valeurs qu'ils proposent, ils nous semble nécessaire de rappeler la démarche adoptée par ces auteurs.

A. UNE DÉMARCHE PRAGMATIQUE

540. Une conception rénovée de la coordination de l'action

La difficulté de la connaissance des valeurs exige d'adopter une démarche pragmatique afin de les étudier. Un discours raisonné sur les valeurs impose une étude concrète des argumentations. La démarche adoptée par MM. Boltanski et Thévenot est à ce titre remarquable.

Leur recherche part du constat de la manière inadéquate dont leurs disciplines respectives – la sociologie et l'économie – abordent la question des valeurs et celle de la coordination de l'action qui en dépend. Les sociologues n'expliquent la

1631. L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les Economies de la grandeur*, Gallimard 1991

coordination de l'action que par la construction d'êtres collectifs, les groupes sociaux, sans jamais montrer comment les individus parviennent à s'accorder. A l'inverse, les économistes n'imaginent une coordination de l'action qu'au travers d'une rationalité individuelle présupposée mais jamais étudiée concrètement.

Tant le holisme des sociologues que l'individualisme méthodologique des économistes conduisent à exclure toute étude de la coordination de l'action. Les sciences humaines ne permettent pas de comprendre la manière dont les individus s'accordent et parviennent à coordonner leur action. Le constat pourrait être le même dans l'ordre du droit : la conception déontique de la norme juridique ne rend absolument pas compte de la manière concrète dont les individus mobilisent les règles juridiques dans la coordination de leurs actions.

Rompant avec les approches dogmatiques de la coordination de l'action, MM. Boltanski et Thévenot proposent un cadre d'analyse pragmatique qui rend mieux compte de cette question.

541. La coordination de l'action provient, selon ces auteurs, d'un accord entre deux interlocuteurs sur les valeurs mobilisées dans l'action. Pour que cet accord soit possible, il est nécessaire que ces valeurs représentent un bien commun, un principe supérieur commun dont chaque partie doit pouvoir bénéficier. Ce bien commun profite à tous : c'est en cela qu'il peut être accepté, et que certains peuvent accepter de voir leurs intérêts amoindris en se voyant attribuer un état de *petit*.

542. La pluralité des valeurs

L'accord entre les individus peut, dans la construction de MM. Boltanski et Thévenot, se faire sur une pluralité de valeurs. La définition du bien commun ne peut se réduire à un modèle de valeur unique. Une pluralité de modèles de grandeur permet ainsi la coordination de l'action. Ces modèles, désignés comme des *Cités,* ne se limitent pas à l'attribution de grandeurs plus ou moins valorisées. Ils définissent une grammaire qui permet la construction de référents cohérents dans l'évaluation : identification des objets et des êtres, règles de preuve, et *épreuves* pour régler les désaccords sur l'attribution des valeurs. Ainsi, dans la *cité industrielle*, le modèle n'est pas limité à la valorisation de l'efficacité productive de l'organisation[1632]. La *cité industrielle* attribue l'état de *grand* à ceux qui sont performants, l'état de *petit* aux improductifs. L'identité des sujets découle de leur qualification professionnelle. Les objets pris en compte sont ceux qui permettent d'évaluer l'efficacité productive (les outils productifs, les règles d'organisation). L'épreuve réside ici dans l'évaluation, selon des outils rationnels, de l'efficacité productive des individus.

B. LES SIX CITÉS

543. MM. Boltanski et Thévenot distinguent six principes sur lesquels les hommes peuvent parvenir à s'entendre. Ils dénomment ces principes des « *Cités* ». Ces lieux communs constituent un véritable monde, comportant chacun leurs valeurs et leurs modes de qualification des êtres et des états de choses. Chaque *cité* est étudiée à partir d'un *texte canonique,* qui permet de la caractériser. Nous verrons

1632. Op. cit. p. 252 sqq.

que cette analyse des valeurs est de grande utilité pour analyser les justifications patronales.

1. La cité inspirée

544. Le modèle de la *cité inspirée* a été trouvé par MM. Boltanski et Thévenot dans la Cité de Dieu de Saint Augustin. La grandeur est ici procurée par la grâce divine. Elle est procurée par l'humilité, le détachement à l'égard des biens et des liens sociaux, le sacrifice de soi et la recherche de l'illumination divine. La création, la recherche d'une voie personnelle originale sont les valeurs privilégiées dans cette *cité*. Le sentiment et l'intuition permettent seuls de juger de la grandeur des êtres.

Outre l'univers monacal, les valeurs de la *cité inspirée* s'expriment dans les mondes artistiques.

2. La cité domestique

545. La *cité domestique* est le monde hiérarchisé et ordonné mis en avant dans les univers familiaux et féodaux. La grandeur provient ici d'une chaîne de liens personnels qui unissent les sujets à un être supérieur, père ou souverain. Les valeurs privilégiées dans cette *cité* sont celles de la tradition, de la hiérarchie, du respect, et de la confiance. L'épreuve caractéristique de cet univers provient essentiellement de l'exemple, de l'anecdote, qui permet de narrer la place qui revient à chacun.

3. La cité de l'opinion

546. La grandeur, dans la *cité de l'opinion*, provient du regard porté par autrui sur le sujet. Les valeurs privilégiées dans cette *cité* sont celles de la renommée, de la célébrité, qui seules permettent d'attribuer une grandeur aux êtres. L'épreuve qui attribue cette valeur provient de l'évidence du succès.

4. La cité civique

547. La redondance « *cité civique* » désigne chez MM. Boltanski et Thévenot un monde de valeurs dans lequel sont privilégiés les êtres collectifs, la solidarité, par rapport aux singularités de chacun. L'attachement est ici porté aux êtres collectifs distincts des individus : représentation, intérêt général, etc. Sont valorisés également les objets produits par ces êtres collectifs : lois, règles, droits. Sont au contraires dévalorisés l'égoïsme et les antagonismes particuliers.

5. La cité marchande

548. La *cité marchande* est l'univers privilégié des sciences économiques. Elle désigne un monde gouverné par les lois de l'échange. Sont privilégiées ici les valeurs de la compétition, qui désigne en réalité la mise en relation des désirs de chacun. L'intérêt, la richesse et l'opportunisme sont ici des valeurs nobles. Sont au contraire dévalorisés la pauvreté et tout ce qui n'est pas désiré.

6. La cité industrielle

549. La *cité industrielle* désigne un monde dans lequel les valeurs favorisées sont celles de l'efficacité et de la performance. Tout ce qui permet un fonctionnement efficace d'une organisation est ici valorisé. Le modèle de la *cité industrielle* est fourni par la vision du monde présentée par Saint Simon. Contrairement à l'univers marchand, la question de l'utilité d'un choix à long terme est privilégiée par rapport à celle d'un accord ne visant que le moment présent.

550. Les auteurs admettent cependant que les valeurs, dans les disputes, ne sont pas toujours présentes « *à l'état pur* ». Afin de parvenir à un accord, les individus sont capables d'accepter des compromis entre différentes valeurs. Ces compromis peuvent se faire sur des valeurs instables ou peu cohérentes

Le modèle proposé par MM. Boltanski et Thévenot étant précisé, la manière dont il peut être transposé à l'étude de la justification des mesures de gestion du personnel peut être recherchée.

§2. LES VALEURS EN VIGUEUR DANS LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS

551. Les précédents développements nous ont conduit à rechercher quelles sont les valeurs mises en avant dans les relations de travail, afin d'établir la légitimité d'un choix patronal. Le modèle des Economies de la grandeur livre un essai de classification des justifications fort original. Il mérite de servir de base à une réflexion sur la justice dans les relations de travail.

En premier lieu, nous réfléchirons à la manière dont ce modèle d'analyse pourrait être transposé dans le droit du travail (A), puis nous montrerons comment il permet d'analyser les justifications patronales (B).

A. LA TRANSPOSITION DU MODÈLE DANS LE DROIT DU TRAVAIL

552. L'importation des concepts issus des sciences sociologiques ou économiques dans l'ordre du droit requiert quelques précautions. Il convient d'abord de se demander si le modèle des Economies de la grandeur peut être pertinent pour l'étude du contentieux relatif aux justifications patronales (1), puis de réfléchir à la possibilité d'un amendement du modèle afin de l'adapter à la spécificité des valeurs du droit social (2).

1. La question de la pertinence du modèle des Economies de la grandeur dans le champ juridique

553. Jugements ordinaires et jugements de droit

L'analyse livrée par MM. Boltanski et Thévenot porte sur un très vaste champ d'étude. L'ambition de ces auteurs est de comprendre les justifications qui interviennent dans le cadre des disputes de la vie quotidienne. Leur analyse prend

appui sur des « *textes canoniques* » empruntés à diverses disciplines des sciences sociales, telles que la philosophie, l'économie ou la science politique. Leur analyse des valeurs permet d'appréhender les discours qui sont produits dans les domaines les plus variés.

Il est alors étonnant de voir que ces auteurs entendent exclure de leur champ d'étude les décisions judiciaires. Ils soulignent que le jugement de droit peut être un objet de comparaison par rapport au jugement ordinaire, mais que l'opération de preuve judiciaire restreint considérablement l'objet de la dispute[1633]. M. Thévenot a développé cette idée en opposant de manière systématique jugement ordinaire et ce qu'il appelle le « *jugement de droit* »[1634]. Selon lui, deux traits essentiels distingueraient ces raisonnements. En premier lieu, la décision de justice serait caractérisée par le fait qu'elle n'offre pas de cadre à un plein développement de l'argumentation, mais impose un débat autour de l'application d'une règle de droit. Cette contrainte empêcherait le déploiement de modes généraux d'évaluation des situations[1635]. L'argumentation sur la qualification des êtres et des choses ne pourrait se développer dans un tel cadre. Les *Economies de la grandeur* ne fourniraient alors qu'un modèle destiné à évaluer les valeurs véhiculées par les règles de droit[1636], mais ne permettraient nullement de comprendre le fonctionnement des litiges. En second lieu, les décisions de justice seraient caractérisées par le fait qu'elles permettent une clôture du litige[1637]. Seule une *convention de clôture,* un accord entre les protagonistes, permettrait de mettre fin à une dispute ordinaire, et de coordonner les actions. Cet accord serait par nature précaire, et la controverse pourrait toujours être relancée.

554. Rejet de ces arguments

Ces deux arguments ne nous paraissent pas décisifs. Il semble que les Economies de la grandeur fournissent un cadre analytique pertinent pour interpréter les litiges sur la justification des mesures de gestion du personnel.

En premier lieu, il n'est pas possible de circonscrire l'objet d'un litige à la seule application d'une règle de droit. Les parties soumettent au juge un litige, c'est-à-dire un ensemble de faits et de prétentions. Aucune limite n'est imposée. Les parties ont la possibilité d'invoquer l'application d'une règle de droit, mais rien n'impose aux justiciables de centrer le litige sur une telle règle. De plus, lorsque la règle invoquée possède une structure ouverte, il ne saurait être affirmé que le débat est centré sur la seule application de la règle, car cette règle ne fournit aucun modèle précis. L'intervention d'un débat dans le cadre judiciaire semble au contraire donner une portée beaucoup plus importante à l'impératif de justification. Les règles du dialogue argumenté exigées dans l'ordre juridique[1638] favorisent des explicitations détaillées et l'établissement d'un dialogue sincère. Loin d'anémier le débat, les règles du litige permettent au contraire un plein épanouissement des justifications.

1633. op. cit. p. 175 sq.

1634. L. Thévenot, *Jugement ordinaire et jugement de droit*, Annales ESC 1992, n° 6, p. 1279

1635. id. p. 1287

1636. id. p. 1288 : « *L'identification des différentes formes de justification ordinaire peut aider à appréhender la variété des spécifications du juste* <u>*inscrites*</u> *dans le droit* » (souligné par nous)

1637. id. p. 1291

1638. voir supra n° 250 sqq.

Le fait que le litige soit clos par un acte du juge recevant l'autorité de la chose jugée ne semble pas non plus un obstacle décisif pour considérer que le litige n'est pas un lieu de déroulement des argumentations. La décision judiciaire est certes un acte d'autorité du juge. Cet acte intervient cependant pour clore un débat : la décision ne peut être prise qu'à l'issue d'un débat argumenté. La seule spécificité de l'argumentation judiciaire réside dans la possibilité d'une clôture définitive des débats. L'acte d'autorité du juge n'empêche ni le déroulement de l'argumentation, ni la clôture par un acte de raison auquel les parties consentent. De plus, l'intervention d'un tiers impartial dans le débat tend à favoriser une argumentation rationnelle. Le juge représente l'auditoire universel. Les arguments utilisés par les parties, ainsi que ceux qu'il utilise lui-même, doivent pourvoir convaincre toute personne raisonnable. Le déroulement de l'argumentation et sa clôture par le juge semblent dès lors garantir la tenue d'un débat honnête, exempt de sophismes et de préjugés. Il exclut le recours à des arguments *ad hominem* ou démagogiques.

En conséquence, les objections apportées par MM. Boltanski et Thévenot à l'utilisation des Economies de la grandeur comme modèle d'analyse des décisions judiciaires ne sont pas fondées pour l'analyse des litiges qui nous intéressent.

Si on accepte l'utilisation de ce modèle, se pose la question de son amendement afin qu'il fournisse un instrument utile d'analyse de la justification des mesures de gestion du personnel.

2. L'adaptation du modèle

555. L'étude de MM. Boltanski et Thévenot est assurément impressionnante en raison de son ampleur. Elle fournit une classification des valeurs qui peut être utilisée dans de très nombreux domaines. Deux questions se posent si on tente de transposer ce modèle à l'analyse des justifications dans le droit du travail. Faut-il compléter le modèle en lui adjoignant une septième *cité* ? Faut-il adapter le modèle en tenant compte d'une expression spécifique des valeurs dans le droit social ?

556. Septième cité ?

De nombreux auteurs ont tenté d'améliorer ce modèle en lui adjoignant une nouvelle *cité*. M. Chateauraynaud propose une *cité de la communication*[1639], dans laquelle les valeurs privilégieraient la transmission de l'information par les individus. Assez proche est le modèle d'une *cité par projets* de M. Boltanski et Mme Chiapello afin de rendre compte de l'organisation en réseau des entreprises dans le nouveau capitalisme[1640]. Signalons enfin la recherche d'une *cité verte* qui tente de rendre compte des valeurs écologiques[1641].

Ces amendements au modèle des Economies de la grandeur, ne sont pas d'une grande utilité pour apprécier la justification des mesures de gestion du personnel. Elles constituent des modèles à la fois trop récents et trop instables pour être

1639. F. Chateauraynaud, *La faute professionnelle*, Ed. Métailié, 1991, p. 237 sq.

1640. L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, p. 154 sqq. La grandeur est ici définie par la capacité des individus à travailler en commun sur un projet, et à s'insérer lorsqu'il est terminé dans un autre projet. Une telle capacité nécessite de valoriser la flexibilité l'adaptabilité des individus.

1641. B. Latour, *Moderniser ou écologiser ? A la recherche de la « septième » cité*, Ecologie politique n° 13, 1995, p. 5

convaincantes à l'égard des juges. Les valeurs de la *cité de la communication* et de la *cité par projet* seront ainsi réduites à de simples banlieues de la *cité industrielle*. L'aptitude à communiquer, à s'adapter, sera appréciée au regard de l'efficacité de l'organisation. De même, les valeurs écologiques peuvent s'exprimer au travers des valeurs civiques[1642].

S'il n'est pas nécessaire d'adjoindre une septième *cité* pour l'analyse de la justification des mesures de gestion du personnel, il convient de fournir quelques précisions sur la manière dont s'expriment les valeurs dans le droit social. Cette discipline est marquée par des traditions anciennes et variées qui autorisent une expression spécifique des valeurs.

557. Valeurs et justifications

Toutes les valeurs ne peuvent constituer des justifications. Ces dernières exigent, pour être admissibles, de constituer un *bien commun* susceptible de bénéficier à chacune des parties engagées dans une dispute[1643]. Ce principe exige quelques précisions au regard de deux valeurs de grande importance dans le droit social : celles qui sont issues du *mouvement ouvrier*, et celles liées à *l'intérêt de l'entreprise*. Ces valeurs, pour accéder au rang de justification, doivent faire l'objet de compromis avec d'autres valeurs.

Le droit des relations de travail a été fortement influencé par les valeurs issues du mouvement ouvrier dont nul ne doute de la spécificité. Celle-ci est parfaitement exprimée par Gurvitch : « *Le droit social, qui fonde sa force obligatoire sur le 'fait normatif' du tout qu'il intègre et dans lequel il fait communier les membres, en régissant exclusivement la vie intérieure du groupe, institue des rapports juridiques d'une espèce toute particulière : il fait participer d'une façon directe le 'tout' dont il se dégage et qui présente la matière même de réglementation, à la relation avec ses membres, sans leur opposer ce tout comme un sujet disjoin*t »[1644].

Dans son style très particulier, Gurvitch met en avant de manière très claire une conception ouvriériste du droit social. Celui-ci constitue à la fois un droit qui émane des groupements et un droit qui offre une expression à ces groupes. Cette tendance à objectiver et valoriser les groupes sociaux est probablement héritée de la sociologie durkheimienne. La grandeur est définie dans cette *cité* comme tout ce qui favorise le bien de la collectivité des travailleurs. Ce qui est dévalorisé est l'égoïsme, l'individualisme, le fait de privilégier les intérêts marchands immédiats au dépens de la solidarité du groupe. Un ensemble d'objets permet de construire cette grandeur collective : syndicat, convention collective, représentativité, grève, etc.

558. Le mouvement ouvrier est ainsi porteur de valeurs spécifiques qui ne constituent pas pour autant des justifications. Les valeurs ouvriéristes ne permettent pas de dégager un bien commun : elles se présentent comme une défense d'intérêts. Comme l'ont noté MM. Thévenot et Boltanski, les valeurs ouvriéristes ne peuvent prétendre à une expression dans les justifications que comme un compromis entre les valeurs civiques et les valeurs industrielles[1645].

1642. Voir par exemple Soc., 26 février 1992, Bull. civ. V, n° 125 : le prononcé d'une ordonnance de référé est justifiée par l'existence d'un trouble manifestement illicite lorsque l'occupation d'un lieu de travail par des grévistes entraîne des « *risques de pollution* »

1643. L. Boltanski et L. Thévenot, prec., 101

1644. id., p. 31

1645. op. cit. p. 396 sqq.

559. Il en est de même des valeurs mises en avant lorsque est invoqué « *l'intérêt de l'entreprise* »[1646]. Celui-ci représente une défense d'intérêts sans pouvoir accéder au rang d'une justification. En effet, il ne permet pas de définir un bien commun dont pourraient bénéficier salariés et entrepreneurs. La jurisprudence qui a admis que « *l'intérêt de l'entreprise* » était susceptible de justifier tant les licenciements pour motif économique[1647], que les sanctions disciplinaires[1648], constituait un refus de contrôle des justifications.

560. Les valeurs issues du christianisme social

Une attention doit par ailleurs être portée dans le droit social aux valeurs issues du christianisme social, qui ont grandement influencé la construction de cette discipline[1649]. Le droit social laisse une part aux valeurs personnalistes telles que les décrit Mounier[1650]. Ce dernier cherche à restituer à l'homme son épanouissement spirituel. Pour ce faire, il entend bâtir la *cité personnaliste* autour de la personne humaine. La personne se distingue de l'individu anonyme et isolé valorisé par la Déclaration des Droits de l'homme de 1789. La notion désigne un *homme situé*, inséré dans une société et appartenant à des collectivités. Dans le projet d'une Déclaration des droits de la personne faisant pendant à la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il rédige à la fin de la seconde guerre mondiale, Mounier propose de donner à la personne humaine une place centrale dans un nouvel ordre constitutionnel. Son article 3 proclame ainsi :

« *La fin directrice de toute société est le bien des personnes qui la composent ; le but de toute organisation sociale, la mise en œuvre des meilleurs moyens pour élever chacun au libre choix, à l'action responsable, à la communauté voulue. Le pouvoir qu'une société détient sur ses membres a pour limites absolues l'espace nécessaire à chacun pour poser librement les actes essentiels de son destin et pour apporter aux sociétés dont il relève le profit de son initiative.* »[1651].

Cette *cité personnaliste* semble constituer une variante moderne de la *cité inspirée*. Il n'est donc pas lieu de l'ériger en une *cité* distincte. Les valeurs privilégiées ici sont celles d'un épanouissement spirituel de la personne, trouvé dans une relation singulière de l'homme avec la divinité – ou avec soi-même dans une version laïcisée - sans tenir compte de l'opinion d'autrui. Le propre de la *cité inspirée* est la primauté donnée à l'épanouissement spirituel.

Cette recherche d'un épanouissement de la personne conduit Mounier à prôner une protection absolue de la personne contre toute immixtion du pouvoir politique ou de tiers dans les libertés reconnues aux personnes. Cette préoccupation se retrouve très largement dans le droit social contemporain. On peut voir dans cette protection des droits et libertés reconnus aux personnes une influence des valeurs

---

1646. Sur cette notion, voir G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, Mel. Savatier, PUF, 1992, p. 143

1647. Soc., 1er avril 1992, RJS 5/92, n° 597

1648. Soc., 6 novembre 1959, *Les grands arrêts de droit du travail*, n° 39

1649. Cf. A. Supiot, *A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise*, Dr. Soc. 1991, p. 916

1650. E. Mounier, *Manifeste au service du personnalisme*, in Œuvres d'E. Mounier, ed. Seuil, T. 1, 1961, p. 548 sq. Adde la thèse de M.T. Collot-Guyer, *La cité personnaliste d'Emmanuel Mounier*, Presses Universitaires de Nancy, 1983

1651. E. Mounier, *Faut-il refaire la Déclaration des droits*, Esprit, n° 105, Dec. 1944, p. 121, reproduit in Œuvres, Tome IV p. 96 sqq ; cité in M.T. Collot-Guyer, op. cit. p. 235 sqq.

promues par le christianisme social. L'adaptation de ces valeurs aux besoins de la régulation juridique a conduit cependant à un compromis entre les valeurs inspirées et les valeurs civiques. La référence aux *droits fondamentaux* des personnes n'exige pas seulement un respect de la personne pour elle-même. Elle est également une exigence civique, qui requiert la liberté dans la prise de parole ou les attitudes, et une réelle séparation entre une sphère privée dans laquelle peuvent librement se déployer les relations contractuelles, et une sphère publique dans laquelle les pouvoirs privés ne peuvent s'immiscer[1652].

561. Il apparaît que l'importante analyse des Economies de la grandeur peut pour l'essentiel être utilisée afin d'étudier la justification des mesures de gestion du personnel, pour peu qu'on garde à l'esprit les contraintes spécifiques qui pèsent sur le juge lorsqu'il intervient dans le champ du droit social.

B. LA PLACE DES DIFFÉRENTES VALEURS DANS LES ARGUMENTATIONS

562. Dresser une typologie des valeurs mises en avant dans le contrôle des justifications est un exercice difficile.

L'argumentation a pour spécificité d'être toujours le produit de la combinaison entre de multiples facteurs, logiques ou non[1653]. La place des valeurs dans la persuasion est souvent difficile à déterminer. De plus, pour ce qui est des valeurs proprement dites, celles-ci sont présentes dans toute leur diversité dans la jurisprudence. Il est délicat de dire si vraiment certaines sont jugées préférables à d'autres.

Malgré cette difficulté, il est possible de rechercher la place reconnue à chacune de ces valeurs dans les décisions de justice. La liste esquissée n'a de valeur qu'exemplative, et ne prétend pas fixer une classification exhaustive des décisions. En outre, l'analyse de la jurisprudence citée ne détaillera pas de nouveau les questions déjà étudiées.

Cette étude montre que des valeurs telles que les valeurs inspirées, marchandes, domestiques ou issues de l'opinion ne se voient reconnaître qu'une part modeste, alors que les valeurs industrielles et les valeurs civiques reçoivent une place prépondérante.

1. La place marginale des valeurs inspirées

563. Les valeurs inspirées, qui privilégient la singularité de l'homme dans ses émotions et sa créativité, sont rarement présentes dans le droit du travail.

Les valeurs religieuses ne peuvent que très exceptionnellement être invoquées dans une société laïque. Ces questions doivent demeurer confinées au for interne, et ne peuvent être invoquées pour justifier un acte dans l'espace public. L'article L.

1652. Cf. sur ce thème M. Waltzer, *Sphères de justice*, p. 413 sqq.
1653. Perelman, *L'empire rhétorique*, p. 153 sqq.

122-45 exclut toute prise en compte de l'opinion religieuse des salariés dans les décisions de l'employeur. Il convient toutefois d'excepter de cette règles les entreprises dites « *de tendance* », qui poursuivent des finalités religieuses. La Cour de cassation a reconnu que l'article L. 122-45 « *n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement* »[1654]. Cette règle est cependant d'interprétation très étroite : elle ne peut être invoquée que si le salarié a créé dans l'entreprise un trouble caractérisé, compte tenu de ses fonctions et des finalités propres de l'entreprise[1655]. Cette règle limite fortement la possibilité d'invoquer les finalités religieuses de l'entreprise afin de licencier un salarié. Le droit communautaire prévoit le même type d'exemption pour les activités pour lesquelles la religion constitue une « *exigence professionnelle essentielle* »[1656]. A l'opposé, les salariés se voient rarement reconnaître la possibilité d'invoquer leur religion pour refuser d'exécuter une tâche. La Cour de cassation estime qu'ils ne sont pas fondés à invoquer ces arguments s'ils n'ont fait l'objet de clauses spécifiques dans le contrat de travail[1657].

Le second versant des valeurs inspirées, les valeurs artistiques, ne reçoit pas non plus une très grande part dans les justifications. Le contentieux relatif à la rupture du contrat de travail des artistes ne semble pas courant. Peut-être faut-il y voir une conséquence d'un régime d'intermittence qui a longtemps été avantageux pour ces salariés. En revanche, il existe des dispositions spécifiques à l'embauchage des salariés dans les professions artistiques, qui ménagent une marge de liberté plus grande à l'employeur. Par exception, les employeurs sont autorisés dans ces professions à choisir un salarié de l'un des deux sexes[1658]. De même, la liberté de création des artistes exige la protection particulière de leur liberté d'expression[1659]. Les règles du droit du travail ne sont ici que le reflet de règles protectrices de la liberté de création reconnue aux professions artistiques[1660].

Hors ces hypothèses très particulières, les valeurs inspirées ne reçoivent pas application dans le droit du travail.

1654. Soc., 20 nov. 1986, Bull. civ. V, n° 555

1655. Soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201 (licenciement d'un sacristain homosexuel) ; de même Ass. plén., 19 mai 1978, , Bull. Ass. plén. n° 1, D. 1978. 541, note P. Ardant (atteinte à la liberté du mariage)

1656. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, article 4

1657. soc., 24 mars 1998, Bull. civ. V, n° 171 « *s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail* »

1658. R. 123-1 du Code du travail

1659. Soc. 19 mai 1998, Bull. civ. V, n° 270 : la Cour de cassation considère que la liberté d'expression reconnue aux artistes dans un contrat les liant à une entreprise de spectacle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un contrat de travail.

1660. Cf. le refus de condamner les artistes débiteurs d'une prestation artististiques à une obligation de faire : Req. 14 mars 1900, Whistler, DP 1900, 1, 497 note M. Planiol ;

2. La place résiduelle des valeurs marchandes

564. Les valeurs marchandes constituaient jadis l'une des formes de régulation majeure des relations de travail. Le seul accord de volonté suffisait à justifier les mesures patronales. Cette conception des relations sociales n'est plus à l'ordre du jour mais certaines formes de justifications marchandes demeurent admises dans le droit contemporain.

Les valeurs marchandes sont d'abord admises dans des conventions particulières. La période d'essai en est la première illustration. A l'instar de la vente à réméré[1661], elle autorise les parties, par convention, à prévoir une période pendant laquelle elles peuvent librement mettre fin au contrat, en fonction de la satisfaction immédiate qu'il leur procure. Le jeu des désirs et des passions autorise un libre exercice du choix, à l'image de tout échange marchand. De même, la possibilité de conclure des conventions exclusives de toute justification, telles la transaction ou la rupture amiable ou des clauses de résultat, permet le jeu de l'autonomie de la volonté[1662]. Ces conventions marchandes sont cependant étroitement cantonnées dans le droit social. Il ne doit pas en être fait un usage abusif.

565. Le contrôle des justifications conduit très souvent à rejeter la pertinence des valeurs marchandes. Dans la relation de travail, le salarié étant dans un rapport de subordination avec l'employeur, la transaction marchande se résume souvent pour lui à un marché de dupes. L'accord marchand est alors celui par lequel l'employeur impose la valorisation de ses propres intérêts. Le salarié ne peut que très faiblement en tirer bénéfice.

Les décisions relatives au licenciement pour motif économique écartent le plus souvent les arguments de cet ordre. Les pratiques d'entreprise récentes ont multiplié la pratique de licenciements liés à des impératifs de pure rentabilité, notamment par l'établissement de ratios de rentabilité au-delà desquels les entreprises estiment nécessaire de diminuer leurs coût productifs par compression de personnel. De tels arguments n'ont d'autre justification que marchande : il s'agit de seuils de rentabilité que les entreprises s'imposent de façon quasi-arbitraire, sans que l'efficacité productive soit directement en cause. Des décisions de juridictions du fond ont pu considérer que de telles justifications ne sont pas suffisantes pour légitimer le recours à des licenciements économiques. Les juridictions du fond considèrent le plus souvent que ces arguments ne permettent pas de caractériser la nécessité de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise [1663]. Des décisions isolées ont par contre admis que des arguments marchands pouvaient justifier les licenciements. La Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, avait ainsi admis la possibilité de licencier une jeune femme en raison de sa tenue vestimentaire (vêtement de type islamique revêtant la personne « de la tête aux pieds »), dès lors que sa tenue était

1661. article 1659 sqq. du Code civil

1662. Cf. Supra n° 221 sqq.

1663. Rouen, 12 septembre 2000, Juris Data n° 169375 (restructuration motivée par une baisse de chiffre d'affaire et de la production d'un établissement consécutive à une décision de gestion antérieure ; absence de nécessité de sauvegarde de la compétitivité) ; Nancy, 22 janvier 2002, n°177083 (restructuration ne tendant qu'à accroitre la rentabilté ou les profits) ; Montpellier, 12 novembre 2002, Juris Data n° 204740 (déficit comptable ne révélant aucune détérioration de la compétitivité de l'entreprise)

« *contraire aux impératifs commerciaux liés à l'intérêt de l'entreprise* » [1664]. Cette référence marchande aux intérêts commerciaux de l'entreprise n'est pas courante. Le plus souvent, les entreprises et les décisions de justice, confrontées aux questions de liberté vestimentaire des salariés, justifient leurs décisions par des arguments tirés du monde de l'opinion[1665]. Dans la décision considérée, l'employeur invoquait d'ailleurs plutôt ce type d'argument en se basant sur la nécessité pour les salariés de refléter l'image de l'entreprise, qui commercialisait des articles de mode féminine.

Les valeurs marchandes constituent une forme très particulière de justice, qu'il n'est pas légitime de promouvoir en dehors des rapports entre les marchands eux-mêmes[1666]. Aristote soulignait déjà avec ironie la particularité de l'homme d'affaires, « *être hors nature* » qui ne recherche que la richesse, bien qu'elle ne puisse être assimilée au bonheur[1667].

566. Les justifications marchandes sont pourtant largement présentes dans le droit communautaire de l'égalité de traitement. La reconnaissance de cette forme de justice est sans doute imputable au fait que le droit communautaire cherche à construire un marché intérieur. La Cour de justice a ainsi admis, dans l'arrêt *Enderby*, que la pénurie de candidats pouvait justifier des différences de rémunération. Elle estime que « *la situation du marché de l'emploi, qui peut conduire un employeur à majorer la rémunération d'un travail particulier pour attirer des candidats, peut constituer l'une des raisons économiques justifiées* »[1668]. La Cour exige cependant que l'employeur établisse la proportion dans laquelle les facteurs du marché peuvent justifier la différence de traitement.

Le respect des justifications marchandes dans la jurisprudence communautaire s'exprime également dans le refus récemment affiché de mettre en cause des différences de rémunération consécutives à la segmentation du marché du travail entre différentes professions. Dans un arrêt de 1999, la Cour de justice admet une rémunération différente pour des psychothérapeutes exerçant les mêmes attributions, dès lors que les uns avaient une formation médicale et les autres une formation en psychologie[1669]. Elle estime que, malgré une « *activité en apparence identique* », leur travail n'est pas le même. L'habilitation distincte dont ils disposent peut amener les salariés à exercer des activités différentes. Derrière cette dernière formule, qui se base sur des arguments de nature industrielle (référence aux qualifications que l'entreprise peut employer dans un but d'efficacité), il semble que la Cour de justice retienne ici des arguments d'ordre marchand. La Cour de justice admet que des disparités de rémunération peuvent simplement provenir de qualifications professionnelles qui ont une valeur différente sur le marché du travail[1670]. L'arrêt est ici étonnant en ce que la Cour n'exige pas même que l'employeur justifie la

1664. Saint-Denis-de-la-Réunion, ch. soc.,9 septembre 1997, D. 1998, J. p. 546, note S. Farnocchia

1665. Cf. infra n° 571

1666. Voir sur ce thème les intéressantes réflexions de M. Waltzer (*Sphères de justice*, Seuil, 1997), qui cherche à repousser l'envahissement des valeurs marchandes dans l'ensemble des sphères de la vie sociale américaine.

1667. Aristote, *Ethique de Nicomaque*, I, V.n° 7

1668. CJCE *Enderby*, prec., n° 26

1669. CJCE 11 mai 1999, Aff. C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, Rec., p. 2865

1670. Le propos est cependant à nuancer, car la Cour se prononce sur le seul cas des professions réglementées et soumises à habilitation

différence de traitement. Le seul fait de bénéficier de qualifications différentes suffit à écarter la valeur égale du travail effectué.

567. Cette justification des différences de traitement par des valeurs marchandes est discutable. Le droit de l'égalité est destiné à corriger les inégalités générées par le marché. Si des arguments d'ordre marchand sont admis dans les justifications, le droit de l'égalité de traitement n'autorise qu'une maigre correction aux inégalités structurelles. En conséquence, les justifications marchandes devraient ne pas pouvoir être utilisées seules afin de justifier des différences de traitement.

3. Le déclin de la cité domestique

568. Les valeurs domestiques constituent également des justifications autrefois dominantes dans les relations de travail, dont la valeur est de plus en plus contestée dans le droit du travail. Les valeurs domestiques sont traditionnellement portées par les relations paternalistes et autoritaires. Deux domaines laissent encore place à des justifications domestiques : la confiance et certaines références faites à la faute.

569. La confiance

La *perte de confiance*, expression d'une nécessaire fidélité du salarié à l'entreprise est l'une des terres d'élection des valeurs domestiques. La grandeur du salarié s'exprime ici au regard de la *confiance* que l'employeur place en lui. L'employeur, avant 1991, pouvait ainsi invoquer des éléments de la vie extra-professionnelle du salarié, afin de le licencier, dès lors qu'ils pouvaient entraîner une suspicion sur la fidélité du salarié à l'entreprise. L'arrêt *Voisin* avait admis qu'un employeur pouvait licencier une salariée en raison des relations tendues qu'il entretenait avec l'époux de cette salariée[1671]. Cet argument ne permet plus à lui seul de justifier un licenciement[1672]. De même, l'employeur ne saurait se prévaloir d'un simple acte discourtois à son égard pour justifier le licenciement[1673]. L'exigence de faits objectifs et imputables aux salariés permet d'exiger que l'employeur montre concrètement que le comportement du salarié nuit à l'efficacité du fonctionnement de l'entreprise. En d'autres termes, la jurisprudence n'admet plus la perte de confiance dans sa seule dimension domestique, mais exige le concours de valeurs industrielles pour qu'elle puisse justifier le licenciement. Il serait pourtant erroné de prétendre que les valeurs domestiques ont disparu des relations de travail. La confiance demeure probablement l'un des facteurs majeurs qui permet à l'employeur d'apprécier de manière discrétionnaire les qualités des candidats dans le recrutement ou encore le choix des salariés dans les promotions professionnelles.

La référence à la confiance connaît par ailleurs une vigueur persistante par la référence faite à la loyauté due par le salarié dans l'exécution du contrat de travail. Nombre de décisions de la Cour de cassation utilisent cette notion pour permettre la sanction de comportements jugés contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations de travail. Dans de nombreux cas, cette notion permet de sanctionner des comportements qui constituent des actes de concurrence déloyale à l'égard de

1671. Soc. 26 juin 1981, Bull. civ. V, n° 573

1672. Cf supra n° 378

1673. Versailles, 22 mars 2001, D. O. 2002, p. 79 (refus d'un salarié de dîner avec son employeur. Absence de faute)

l'entreprise ou l'imputation d'obligations au cours de la vie extra-professionnelle des salariés[1674]. La loyauté est alors une valeur d'inspiration marchande ou industrielle. Certaines décisions livrent une acception simplement domestique de ce devoir de loyauté. Un arrêt du 21 octobre 2003 admet ainsi que le fait pour un salarié d'effectuer pendant un arrêt de maladie des activités similaires à celles qu'il déploie dans son travail constitue un manquement à son« *obligation de loyauté envers son employeur* » [1675] permettant de caractériser une faute grave. La Cour ne semble pas tant sanctionner ici un acte de concurrence déloyale que le mensonge ou la dissimulation : le salarié aurait manqué à l'obligation de tenir son rang de contractant subordonné.

La référence à la confiance est d'autres fois utilisée pour imputer à l'employeur des obligations particulières. Ainsi est-il fréquent de trouver dans la jurisprudence l'exigence d'une clémence de l'employeur à l'égard des salariés disposant d'une certaine ancienneté. La faute professionnelle est alors appréciée avec moins de rigueur[1676]. De même, la Cour de justice des Communautés européennes accepte-t-elle largement que l'ancienneté permette de justifier des différences de traitement[1677].

570. La faute

La sanction de la faute relève typiquement du registre de la justification domestique. En ne respectant pas l'autorité de l'employeur, le salarié méconnaît la place qui est la sienne. La restauration de cette autorité exige alors d'admettre le geste symbolique du congédiement afin de restaurer l'ordre dans l'entreprise, et remettre à sa juste place le fautif. Ce type d'argument a longtemps été admis en matière de vol de biens de l'entreprise[1678].

Les justifications domestiques reposent sur l'argument d'autorité (*je vous licencie car mon pouvoir est de le faire*). Ces arguments ont une force très atténuée depuis qu'est institué un contrôle du pouvoir disciplinaire. Les normes relatives à la discipline doivent être cantonnées dans le règlement intérieur, et ne doivent pas apporter de restrictions aux droits et libertés qui ne soient « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »[1679]. Les sanctions disciplinaires doivent de même être justifiées et proportionnées à la faute commise[1680]. Ce standard de proportionnalité exige que soient toujours prises en compte les nécessités du fonctionnement de l'entreprise dans le prononcé des

1674. Soc. 10 mai 2001, Bull. civ. V, n° 159 (salarié effectuant une formation dans une société concurrente) ; Soc. 29 novembre 1991 (travail au profit d'une entreprise concurrente) ; Sur les obligations imputées au salarié dans sa vie extra-professionnelle voir Soc. 18 mars 2003, Dr. Soc. 2003, p. 774 (obligation de restituer un mot de passe informatique pendant une absence pour maladie) ; 15 juin 1999, Bull. civ. V, n° 279 ; de telles obligations ne doivent pas conduire à l'exécution d'une prestation de travail : cf. Soc. 25 juin 2003, n° 01-43155.

1675. Soc. 21 octobre 2003, Bull. civ. V, n° 258

1676. Soc., 19 mai 1993, CSBP 1993, p. 163 cité supra note 1183

1677. CJCE 17 octobre 1988, Danfoss, prec. point 24

1678. cf. supra n° 377

1679. L. 122-35 alinéa 1

1680. L. 122-43

sanctions[1681]. En d'autres termes, les valeurs domestiques doivent se combiner avec des valeurs industrielles.

Un arrêt de la Cour d'appel de Dijon[1682] illustre à la fois l'importance accordée aux valeurs domestiques et la nécessité de les combiner avec d'autres valeurs. Le licenciement avait été prononcé pour faute grave ; la lettre de licenciement se référait aux multiples absences injustifiées, le salarié « *délaissant [son] bureau* » pour se livrer « *à des activités de loisir, sport, cartes…* ». La Cour, reprenant l'argumentation de l'employeur, admet que le fait de « *passer des après-midi entières à jouer aux boules ou aux cartes dans un débit de boisson… ne répondait pas à l'attente exprimée par l'employeur et à l'exemplarité qu'il était en droit d'attendre d'un cadre (…) exerçant une autorité sur ses collaborateurs* ». La Cour retient ainsi des arguments d'ordre domestique : le salarié n'a pas tenu le rang qui était le sien dans l'entreprise, ce qui justifie son licenciement pour faute. Pourtant, elle tempère cette appréciation, relevant l'efficacité dont avait fait preuve ce salarié ayant obtenu des parts de marché supérieures à la moyenne nationale ; par ailleurs il n'avait jamais reçu le moindre reproche. La Cour retient finalement la faute, mais non la faute grave. On comprend à la lecture de cet arrêt que la justification domestique n'est pas suffisante pour expliquer la mesure : pour être juste, la décision doit combiner une appréciation domestique avec des valeurs industrielles.

L'exigence de la prise en compte de valeurs autres que domestiques dans le prononcé des sanctions est encore illustrée par le contentieux relatif aux mesures de discipline motivées par la tenue vestimentaire des salariés. Les arrêts n'ont que rarement admis un licenciement pour ce que l'employeur considère comme une atteinte à la *décence*[1683]. Les arguments d'ordre domestique sont tempérés par des raisons d'un autre ordre. Les décisions se basent soit sur des arguments industriels[1684], soit sur des arguments du monde de l'opinion[1685].

4. La place incertaine du monde de l'opinion

571. Il est délicat de déterminer la part des valeurs de l'opinion dans la justification des mesures de gestion du personnel. La culture juridique rejette sans doute les valeurs de ce monde dans le domaine de l'apparence, trop superficiel pour justifier un choix. Le « *qu'en dira-t-on* » ne saurait constituer une valeur convaincante devant une juridiction.

Certaines argumentations font toutefois appel à ces valeurs. L'atteinte à l'image de l'entreprise demeure un des cas possibles de licenciement. La Cour de cassation a ainsi admis la possibilité de licencier pour des faits commis par le salarié en dehors de son activité professionnelle, par exemple un vol commis par un cadre important ou par un salarié d'une entreprise de gardiennage[1686]. On peut toutefois se demander

1681. Cf. supra n° 395 sq.

1682. Dijon, 1er juillet 1997, n° 392, *Maaf c/ Perez, prec.*

1683. Voir toutefois Soc., 22 juill. 1986 cité supra note 1216 ; pour des questions voisines voir également les questions d'appréciation de la légitimité des licenciements motivés par l'attitude *inconvenante* de salariés : Soc. 12 mars 2003, Bull. civ. V, n° 89

1684. Soc., 18 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 90 (port d'une blouse blanche)

1685. Voir infra n° 571

1686. Cf. Supra n° 523

si les juridictions n'entendent pas ici protéger moins la réputation de l'entreprise que son fonctionnement efficace. Les justifications industrielles se mêlent donc à des arguments tirés du monde de l'opinion.

572. Les mêmes hésitations peuvent être formulées au regard des mesures disciplinaires consécutives à une prise de parole publique du salarié. Les entreprises sont parfois tentées de sanctionner les salariés qui expriment des opinions dans la presse, en raison de l'atteinte que ces propos sont susceptibles de porter à leur image. La jurisprudence sur ces questions est très nuancée. Au nom de valeurs civiques, la Cour de cassation protège de façon croissante la liberté d'expression : l'entreprise ne peut sanctionner le salarié que si ses propos sont constitutifs d'un abus de la liberté d'expression[1687]. Les critères de cet abus semblent varier dans la jurisprudence. Certaines décisions caractérisent l'abus par la référence à la faute ou à l'intention nocive. Il est constitué lorsque le salarié profère des « *accusations mensongères avec l'intention de nuire* »[1688]. Nombre de décisions écartent ce critère et examinent l'abus de la liberté d'expression au regard de la forme prise par les propos du salarié. Un important arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 décembre 1999 énonce ainsi qu'il est possible pour un cadre haut niveau d'émettre des critiques « même vives » sur le fonctionnement de l'entreprise dès lors que les propos qu'il tient ne sont ni injurieux, diffamatoires ou excessifs[1689]. Cette décision admet trois formes de limites à la liberté d'expression : les fonctions doivent pouvoir justifier la prise de parole, l'auditoire doit être approprié à la prise de parole, et la teneur des propos doit être mesuré. L'opinion des tiers constitue ainsi un critère d'appréciation de l'abus de la liberté d'expression. L'étude des différentes décisions rendues à la suite de cet arrêt montre l'importance des justifications tirées du monde de l'opinion. Les propos destinés à ruiner la réputation d'une entreprise peuvent ainsi constituer une faute grave[1690]. La tenue de propos dans la presse est souvent considérée comme excessive, en raison du ton pris par les dénonciations de scandales[1691]. Il est toutefois possible de se demander si le ton civique de la dénonciation n'exige pas une certaine liberté de ton. Le monde de l'opinion est encore pris en considération dans le refus systématique de considérer les critiques proférées à l'égard des supérieurs hiérarchiques : l'idée est sans doute que la critique risque de porter le discrédit et de ruiner l'autorité des personnes. De façon pathologique, un arrêt de Cour d'appel reconnaît ainsi que les critiques formulées étaient dépourvues de « *caractère positif* » et portaient atteinte à l'autorité des

1687. Soc., 28 avril 1988, Clavaud, prec., Bull. civ. V, n° 257

1688. Soc., 16 nov. 1993, Bull. civ. V, n° 278

1689. Soc., 14 décembre 1999, Sanijura, Bull. civ. V, n° 488, Dr. Soc. 2000, p. 163 note J.E. Ray, ccl. Duplat ; JCP, ed. E, 2000, n° 23, p. 902

1690. Soc. 7 octobre 1997, Bull. civ. V, n° 303 (salarié d'un cabinet médical déclarant en public que son employeur ne prenait pas les mesures nécessaires à la stérilisation des aiguilles qu'il utilisait)

1691. Rennes, 23 octobre 2003, Juris Data n° 232505 (dénonciation de l'obsolescence d'une usine d'équarrissage au regard des risques sanitaires liés à l'ESB, propos excessifs et malveillants) ; Aix en Provence, 17e ch soc., 30 avril 2002, Jurisdata n° 184779 (dénonciation d'irrégularités juridiques auprès des actionnaires, propos jugés outranciers et diffamatoires risquant de provoquer un *discrédit* de la direction auprès des actionnaires)

supérieurs hiérarchiques[1692]. A l'inverse, les critiques portées dans un cadre limité, qui ne risquent pas de se diffuser dans l'opinion, sont protégées par la liberté d'expression[1693].

573. Les hésitations relatives à la place des valeurs du monde de l'opinion se retrouvent enfin dans les décisions qui se réfèrent aux attentes de la clientèle. Les entreprises sont parfois tentées de justifier leurs décisions non par leurs propres exigences, mais par une référence à des attentes vraies ou supposées de leur clientèle[1694]. Les juridictions françaises semblent ici animées par la volonté de faire assumer à l'employeur ses décisions, et éviter ces « *justifications par ricochet* ». Les licenciements prononcés en raison de la tenue vestimentaire des salariés ont pourtant montré que les juridictions admettent parfois que les attentes de la clientèle pouvaient justifier des licenciements. Dans une première décision, la Cour de cassation avait admis que le port d'un survêtement par une salariée travaillant dans une agence immobilière pouvait légitimer son licenciement[1695]. La Cour de cassation n'a pas pris le soin de relever que cette tenue avait des répercussions sur l'activité de l'entreprise : elle note seulement que la salariée était « *en contact avec la clientèle* ». La seule éventualité de la dégradation de l'image de l'entreprise à l'égard des clients suffit donc à légitimer le licenciement. L'arrêt du 28 mai 2003 relatif au port du bermuda par un salarié rejette le pourvoi contre une décision du fond qui adoptait le même type de raisonnement[1696]. Celui-ci était cependant encore plus hypothétique. Le salarié, technicien, n'était pas en contact direct avec la clientèle, mais pouvait seulement être aperçu par des visiteurs de l'entreprise. Cette seule éventualité des conséquences possibles de l'apparence des salariés sur l'opinion que le public peut avoir de l'entreprise suffit à justifier le licenciement.

Ces différentes décisions montrent que les juridictions admettent parfois les valeurs du monde de l'opinion pour valider un licenciement. Les différents exemples cités montrent cependant que l'admission sans conditions de ce type d'arguments emporte le risque d'une atteinte aux libertés fondamentales des salariés. La liberté laissée à l'employeur à l'égard de tout comportement ayant des répercussions possibles sur l'opinion de la clientèle conduit lui laisser un pouvoir fort et quasiment incontrôlé sur le corps des salariés. Le droit anglais montre clairement les risques de cette forme de justification. Dans l'arrêt Saunders, qui a la valeur d'un précédent, les juridictions anglaises ont admis qu'il était justifié de licencier un salarié (surveillant d'un camp de vacances) en raison de son homosexualité, en raison des répercussions

1692. Rennes 24 septembre 2002, Juris Data n° 194154 ; Voir également de façon générale sur le refus des propos critiques à l'égard des supérieurs hiérarchique ou de la direction Soc.28 mars 2000, n° 97-42943 ; Soc. 15 octobre 1996, Bull. civ. V, n° 327 (lettre aux membres du conseil d'administration mettant en cause la direction et l'orientation de la société ; risque de déstabilisation de l'entreprise, faute grave)

1693. Soc. 2 mai 2001, Bull. civ. V, n° 142 (envoi d'un courrier au seul employeur)

1694. Voir les exemples diffusés dans la presse de l'invocation des préférences de la clientèle pour justifier des discriminations raciales : Ikea France (*Le Monde* 7 février 2001) et du Moulin-Rouge (id. 6 octobre 2002 et 24 novembre 2002)

1695. Bull. civ., V, n° 337 ; Droit social, 2001, p. 1039 note J.E. Ray, Rev. trim. dr. civ., 2002, p. 72, obs. J. Hauser.

1696. Soc. 28 mai 2003, Bull. civ., V, n° 178

possibles à l'égard de la clientèle[1697]. Le droit anglais reconnaît également un pouvoir discrétionnaire à l'employeur à l'égard de la tenue vestimentaire des salariés dès lors que l'opinion de la clientèle ou des autres salariés est mise en avant[1698]. La protection des libertés fondamentales exigerait au minimum que la prise en compte de ces arguments soient étayés par des éléments objectifs permettant aux juridictions de contrôler au moins le sérieux de la répercussion du comportement du salarié sur l'opinion de la clientèle. Une conception plus respectueuse des libertés des salariés exigerait sans doute d'exclure ce genre d'arguments et de n'admettre de restrictions que justifiées par l'efficacité productive de l'entreprise.

5. L'importance des valeurs de la cité industrielle

574. Des valeur largement admises

Les valeurs industrielles, exprimées au travers de la recherche d'une efficacité de l'entreprise, sont sans doute l'un des biens communs les mieux admis dans le droit du travail, d'autant que celui-ci demeure influencé par une conception fordiste des relations de travail : le modèle implicite est souvent celui de l'emploi masculin dans la grande industrie[1699].

L'invocation de ces valeurs permet de justifier une grande variété de comportements de l'employeur. La notion de faute grave, par exemple, définie comme celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la courte durée du préavis, peut s'évaluer en fonction de l'atteinte portée à l'efficacité du fonctionnement de l'entreprise, ou des risques que le comportement du salarié lui a fait courir. Le cas des négligences professionnelles fautives en fournit une parfaite illustration : le fait pour le salarié de ne pas effectuer les tâches qui lui sont prescrites, lorsqu'il engendre un risque pour l'entreprise, peut légitimer le licenciement[1700].

Le registre de l'aptitude renvoie également aux valeurs industrielles. L'aptitude est évaluée en fonction des seuls besoins de l'entreprise. L'insuffisance professionnelle justifie le licenciement. De même, les capacités professionnelles sont prises en considération dans la sélection du salarié au titre des critères d'ordre du licenciement pour motif économique. Admettre les valeurs industrielles dans les critères d'ordre du licenciement est d'ailleurs discutable. Ces critères sont destinés à corriger par des critères sociaux la rigueur des choix imposés par les besoins économiques de l'entreprise. Si ces besoins permettent encore de justifier la sélection au titre des critères d'ordre, leur utilisation ne contribue qu'à dégrader encore la position des salariés dont la situation est déjà précaire. La question demeure débattue de la place que peuvent occuper les arguments de nature

---

1697. EAT Saunders v. Scottish National Camps Association, 1980, IRLR 174 ; cf. S. Deakin et G.S. Morris, prec., p. 434 ; R. Watt, HIV discrimination, unfair dismissal and pressure to dismiss, 23 ILJ 1992, p. 280 ; Sur la possible mise en question de cette jurisprudence en application du Human Rights Act cf. X v Y. EAT, 11.6.03 (765/02).

1698. Boychuk v. Symons Holdings Ltd, 1977, IRLR 395

1699. Cf. A. Supiot (Dir.), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, p. 53 sqq.

1700. Cf. Soc., 5 mars 1998, n° 95-45.418, prec. (mécanicien n'ayant pas fait les vérifications nécessaires consécutives à une réparation d'un moteur d'automobile, à l'origine d'une panne est « de nature à » constituer une faute grave.)

industrielle à cette phase de la procédure comme en témoigne l'inconstance du législateur en la matière[1701].

Afin de répondre aux besoins de l'organisation, l'aptitude doit être évaluée par l'employeur. Pour être entièrement logique, cette appréciation devrait, comme toute appréciation industrielle, être basée sur des éléments d'évaluation rationnels. Des arrêts ont ainsi relevé que « *l'inadaptation à l'emploi occupé avait été confirmé par un contrôle de connaissances professionnelles* »[1702]. Il est à noter que la Cour de cassation n'est pas entièrement cohérente lorsqu'elle admet la légitimité de ces mesures, tout en évitant de contrôler la rationalité de l'appréciation de cette aptitude[1703]. Un contrôle bien compris de la rationalité industrielle exige non seulement que les critères définis reposent sur des éléments objectifs[1704], mais que l'entreprise mette en œuvre des systèmes d'évaluation fiables. De telles méthodes sont exigées en matière de recrutement : les méthodes doivent être pertinentes (L. 121-7), ce qui devrait conduire à bannir des méthodes telles que la numérologie, la morphologie ou la graphologie[1705]. La loi a cependant une vertu plus incantatoire que contraignante en ce domaine.

Les justifications industrielles sont également à l'œuvre lorsque la Cour de cassation admet – de façon discutable – la possibilité de licencier le salarié en raison des conséquences des ses absences pour maladie sur le fonctionnement de l'entreprise. Elle affirme ainsi qu'est justifié un licenciement motivé par la « *nécessité de pourvoir à son remplacement définitif en raison des perturbations que son absence prolongée apportait au bon fonctionnement de l'entreprise* »[1706].

Enfin, les licenciements pour motif économique font, plus que tous, appel à des valeurs industrielles. Les notions d'emploi, de difficultés économiques ou de mutations technologiques renvoient à une grammaire industrielle. Ce sont ici les besoins du fonctionnement de l'entreprise qui justifient la mesure prononcée par l'employeur.

575. Le mérite

La figure du mérite est un argument souvent invoqué dans le droit de l'égalité afin de justifier les différences de traitement. Elle est un vecteur important du maintien de l'individualisation des rémunérations.

Le mérite se définit comme la capacité d'une personne à répondre aux besoins d'une organisation[1707]. Cette notion est suffisamment imprécise pour autoriser différentes conceptions. M. McCrudden a ainsi relevé que le mérite pouvait être

---

1701. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a supprimé la possibilité de déterminer les critères d'ordre du licenciement en fonction des qualités professionnelles. La loi du 3 janvier 2003 a cependant temporairement suspendu ces dispositions. La loi du 1er juillet 2004 a prolongé cette période de suspension.

1702. Soc., 27 mai 1998, 96-40.871

1703. Cf. En matière de critères d'ordre du licenciement pour motif économique Soc., 21 févr. 1990, Bull. civ. V, n° 81 (employeur seul juge des qualités professionnelles)

1704. Soc., 4 mai 1994 Dr. soc. 1994, p. 677, note P. Waquet

1705. CA Paris, 25ème ch. A, 18 mai 1995, *Sté Ancade IS c/ Sté Service Crie LFAL et a.*, RJS 8-9/95, n° 1003 : la graphologie est dépourvue de caractère scientifique

1706. Soc., 16 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 394

1707. C. McCrudden, *Merit Principles,* Oxford Journal of Legal Studies*,* 4/98*,* p. 544.

compris de cinq manières différentes suivant l'exigence d'un lien plus ou moins distendu entre les capacités professionnelles et l'emploi occupé[1708].

Le mérite procède le plus souvent de valeurs industrielles. Dans l'ordre communautaire, la Cour de justice accorde une place privilégiée au mérite dans la justification des différences de traitement. Ce critère est de grande importance dans la justification des discriminations positives. La Cour de justice estime depuis l'arrêt *Kalanke* que des mesures de promotion de l'emploi féminin ne sont pertinentes que si elles ne privent pas l'employeur d'une appréciation du mérite individuel de chaque salarié[1709]. La Cour de justice s'oppose ainsi à la mise en place de quotas rigides, et n'accepte qu'une promotion de l'égalité des chances. Elle exclut toute « *priorité absolue et inconditionnelle* » des salariés de l'un des deux sexes[1710]. La Cour admet qu'un candidat « *appartenant au sexe sous-représenté peut se voir accorder la priorité par rapport à un concurrent du sexe opposé, pour autant que les candidats possèdent des mérites équivalents ou sensiblement équivalents, lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* »[1711].

L'appréciation du mérite constitue la clé de voûte de cette jurisprudence : la différenciation est admise si elle permet une appréciation du mérite. Celui-ci correspond à une évaluation de l'aptitude du candidat à répondre aux besoins de l'entreprise[1712]. Il constitue en ce sens un jugement d'aptitude, caractéristique des valeurs de la *cité industrielle*. L'entreprise a toute latitude, dans cette construction, pour écarter des candidats qui ne répondent pas à ses attentes, pourvu que son jugement soit étayé par une appréciation objective.

6. La prééminence des valeurs civiques

576. L'étude de la jurisprudence fait apparaître que les exigences civiques ont une importance croissante dans l'appréciation des justifications patronales. Le développement des discours sur « *l'entreprise citoyenne* » a introduit dans l'ordre du droit l'idée que l'entreprise ne devait pas voir son rôle cantonné à la production de richesses, mais qu'elle devait pour ce faire respecter des exigences civiques. Le chef d'entreprise doit de manière croissante prendre en compte le bien commun dans ses choix. Le droit contemporain incite ainsi l'entreprise à respecter les volontés collectives (1), à promouvoir l'égalité des chances (2) et à participer au développement de l'emploi (3). Lorsque ces justifications sont produites à l'appui d'un choix, elles sont largement admises.

1708. idem.

1709. CJCE 17 octobre 1995, aff. C-450/93 *Kalanke / Freie Hansestadt Bremen*, Rec.1995, p. 3051 ; D. 1996, J. p. 201 note JL Clergerie

1710. CJCE 11 novembre 1997, *Marschall / Land Nordrhein-Westfalen* C-409/95, Rec.1997, p. 6363 ; voir encore CJCE 28 mars 2000, aff. C-158/97 *Badeck / Hessiche Ministerpräsident*

1711. CJCE 6 juillet 2000, aff. C-407/98, *Katarina Abrahamsson / Leif Anderson*, point 62

1712. Cf. en ce sens C. McCrudden, prec.

a)Le respect des volontés collectives

577. Le chef d'entreprise doit, dans ses choix, intégrer les volontés collectives. Il doit évidemment respecter les règles légales. Ainsi, la situation irrégulière d'un salarié étranger constitue un motif légitime de rupture du contrat de travail[1713]. Le respect des dispositions légales permet de justifier le licenciement.

De même, l'employeur peut parfois se prévaloir des dispositions d'une convention collective pour justifier de ses choix. Invoquer les dispositions d'un accord de réduction du temps de travail peut lui permettre d'imposer une modification contractuelle. La question a suscité de nombreuses hésitations chez les auteurs[1714]. La loi du 19 janvier 2000 a renforcé l'effet de l'accord collectif en précisant que la seule réduction des horaires en application d'un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat (L. 212-3). Par ailleurs, le refus d'une modification imposée par l'application d'un accord collectif est soumis à une exigence de justification allégée[1715]. Il est vrai qu'en présence d'un tel accord l'employeur peut se prévaloir de deux justifications d'ordre civique : la volonté de favoriser l'emploi et l'application d'un accord collectif.

La justification d'une mesure par l'existence d'un accord collectif est également soulevé en présence des accords dérogatoires[1716]. Le salarié ne peut s'opposer au changement de ses conditions d'emploi lorsque celles-ci trouvent leur source dans un accord collectif. Le refus du salarié serait ici considéré comme celui d'une modification des conditions de travail, n'exigeant pas de justification étayée. La seule référence à l'accord suffit. La question est plus délicate en ce qui concerne la possibilité pour le salarié d'opposer son contrat de travail aux dispositions de la convention collective. L'employeur peut-il justifier le licenciement consécutif à un tel refus par la seule référence à l'accord collectif ? Les auteurs s'opposent en général à une telle hypothèse[1717]. L'employeur devrait invoquer les raisons économiques qui sont à l'origine de l'accord pour justifier le licenciement. L'appréciation des juges ne sera-t-elle pas influencée par la présence de l'accord collectif, qui permet de justifier une certaine évaluation de la situation de l'entreprise ?

b) La promotion de l'égalité des chances

578. La seconde expression des valeurs civiques dans le droit du travail contemporain est constituée par l'égalité. Les décisions de l'employeur ne sont considérées comme légitimes que si elles respectent le principe de l'égalité de traitement. Les développements qui ont précédé ont déjà largement montré la manière dont le droit du travail contemporain exige le respect de l'égalité. La conception de l'égalité a évolué d'une conception abstraite et formelle à une

---

1713. Cf. L. 341-6-1 prévoyant un régime spécifique d'indemnisation de la rupture.

1714. Voir en particulier H. Blaise, *Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail*, Dr. Soc. 1985, p. 634

1715. cf. supra n° 373

1716. Cf. sur cette question G. Borenfreund, *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires,* Dr. Soc. 1990, 626

1717. Cf. G. Borenfreund, prec., p. 635

conception concrète et substantielle. Le chef d'entreprise doit aujourd'hui intégrer le principe d'une stricte égalité dans chacun de ses choix. Une décision n'est justifiée qu'à la condition de respecter le principe d'égalité.

579. L'égalité est imposée à l'employeur. Peut-il pour autant s'en prévaloir pour justifier ses choix ? La jurisprudence est plutôt nuancée sur cette question. La Cour de justice a admis qu'un employeur public peut justifier l'un de ses choix par la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, pourvu que les candidats soient de mérite équivalent. La règle pourrait sans doute être transposée dans le secteur privé si un employeur s'aventurait à justifier ainsi ses choix en matière de recrutement.

Pourtant, les juridictions veillent à ce que l'égalité ne soit pas invoquée comme un simple prétexte par l'employeur pour justifier un choix basé sur une rationalité mercantile. La Cour de cassation estime que les licenciements effectués dans l'unique but de rationaliser les statuts du personnel de l'entreprise ne sont pas justifiés[1718]. Il semble que l'employeur ne puisse invoquer l'égalité que pour une harmonisation « *vers le haut* » des conditions d'emploi ; il ne peut prendre prétexte du respect de l'égalité pour les dégrader. Il devrait invoquer d'autres valeurs pour justifier un tel choix : préservation de l'emploi ou survie de l'entreprise.

c) Le développement de l'emploi

580. L'emploi est une légitimation de l'action patronale à laquelle les juges se montrent attentifs. Les décisions justifiées par une volonté de sauvegarde ou de promotion de l'emploi intègrent une préoccupation civique de favoriser le bien commun que constitue l'emploi, dans l'entreprise, et hors de celle-ci[1719]. La Cour de cassation octroie une importance croissante aux accords sur l'emploi, et accepte aujourd'hui de sanctionner leur non respect par l'employeur[1720]. A mesure que se renforcent les obligations de l'employeur, les obligations imposées aux salariés en contrepartie deviennent moins contestables. Une décision de diminuer les avantages des salariés ou de restructurer l'activité de l'entreprise, serait vue comme légitime, si elle intègre un souci de maintien ou de développement de l'emploi.

581. Les juridictions semblent particulièrement attentives à cette exigence civique dans les licenciements prononcés pour réorganisation.

La sauvegarde de la compétitivité, à l'instar de la notion qui l'a précédée, l'intérêt de l'entreprise, requiert l'invocation de valeurs industrielles. La nécessité de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise nécessite d'assurer à l'organisation un fonctionnement efficace. Pourtant, les décisions rendues en la matière montrent que la jurisprudence exige que l'employeur ne se base pas sur ces seules valeurs, dans les arrêts relatifs à des licenciements effectués pour des questions de rentabilité. La rentabilité comporte pourtant une indéniable dimension industrielle :

1718. Cf. ci après p. 381

1719. Cf. A. Lyon-Caen, *Le maintien de l'emploi*, Dr. soc. 1996, p. 658

1720. Soc., 1er avril 1997, Soc., 22 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 29, Dr. Soc. 1998, p. 375, note G. Couturier ; adde, F. Gaudu, *Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi*, Dr. Soc. 1998, p. 372 ; M. A. Souriac-Rotschild, *Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ?*, Dr. Soc. 1997, p. 1061 ; F. Petit, Sur les clauses de garantie d'emploi, Dr. Soc. 2000, p. 80

nul ne peut nier que la poursuite de la rentabilité constitue l'un des moteurs de l'efficacité d'une entreprise. Il est, au regard d'un projet industriel, rationnel de licencier pour améliorer la rentabilité d'une entreprise. Pourtant, la jurisprudence refuse d'admettre que ce seul motif justifie un licenciement pour réorganisation. Il semble que seule l'invocation de valeurs civiques, telles que la volonté de sauvegarder l'emploi de l'entreprise, permet de justifier ces opérations.

Cette appréciation peut être déduite de nombreux arrêts. En premier lieu, la jurisprudence reconnaît qu'un simple souci de rationaliser le fonctionnement de l'entreprise ne peut justifier un licenciement. Ainsi en est-il de la volonté d'harmoniser les rémunérations au sein d'un groupe de sociétés[1721].

Plus délicate est la question de la justification du licenciement pour motif économique lorsque l'entreprise, soucieuse de demeurer compétitive, opère une restructuration. A quel stade la poursuite de la rentabilité se distingue-t-elle de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ? Dans l'arrêt *Miko*, la Cour de cassation a esquivé la question en estimant que le seul souci de supprimer des emplois permanents ne caractérise pas la sauvegarde de la compétitivité[1722]. L'étude des décisions des juridictions du fond sur ces questions est particulièrement intéressante. Certaines admettent la possibilité d'anticiper des difficultés économiques, et la légitimité des licenciements lorsque la situation de l'entreprise se dégrade de manière significative[1723]. Elles tendent même à n'admettre ce motif de licenciement que comme ultime remède : le licenciement pour fait de réorganisation n'est pas légitime si d'autres solutions s'offraient à l'entreprise[1724]. Le licenciement dont le but est simplement de privilégier le profit de l'entreprise n'est pas justifié[1725]. La simple absence ou baisse de rentabilité ne saurait non plus suffire[1726]. La Cour de cassation pourrait valider un tel raisonnement[1727].

Ces arrêts montrent que le licenciement pour réorganisation ne peut être justifié par des soucis de pure rentabilité ou de pure rationalisation. Le licenciement n'est envisageable que si l'entreprise ne peut faire autrement. En d'autres termes, la justification industrielle ne peut être admise comme légitime que si elle

---

1721. Soc., 23 juin 1999, n° 97-42.380 ; soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 177 (simple souci de bonne gestion de l'entreprise) ; CA Paris, 21e chambre A, 2 décembre 1996 n° 95/36186 (modification proposée dans un simple souci de suivre les normes préconisées dans le groupe : absence de motif économique) ; Paris 21e Chambre A, 30 avril 1997 n° 96/39256 (uniformisation de la rémunération entre deux société fusionnées : simple « *désir de simplification* ») ; Comp avec la jurisprudence antérieure qui admettait largement qu'est justifié par l'intérêt de l'entreprise le licenciement d'un salarié qui refuse une modification du contrat de travail imposée dans le but d'une meilleure organisation de l'entreprise : Soc., 21 octobre 1992, Bull. civ. V, n° 514 ; Soc., 26 janvier 1994, Bull. civ. V, n° 28 (harmonisation des rémunérations entre deux établissements)

1722. Soc., 1er décembre 1999, Bull. civ. V, n° 466

1723. Cf. Dijon, 28 mai 1998, n° 98-669 (dégradation des résultats de l'activité commerciale, nécessité de réduire les coûts de production par rapport aux concurrents dans un contexte de vive concurrence, d'autres fournisseurs produisant à des coûts moins élevés : la mutation du salarié est justifiée par la nécessité de sauvegarder la pérennité de l'entreprise)

1724. CA Paris, 18e chambre A, 29 avril 1997 (*Thomson Tubes Display*), D. 1999, J. p. 43, note M. Keller

1725. Dijon, 28 Septembre 1993, n° 408, *Miko c/ Chapron*

1726. Dijon, 4 novembre 1999, n° 562, *Droux c/ SNC Laboratoires Hygiena*

1727. Cf en matière de difficultés économiques Soc., 6 juillet 1999, Bull. civ. V, n° 327 « *ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période* » ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques.

s'accompagne de justifications civiques en termes d'emploi. La cour d'appel de Riom a rendu un arrêt très net en la matière[1728]. La direction de l'entreprise faisait ainsi valoir que *« l'entreprise n'est pas chargée du traitement social du chômage »*[1729]. La réponse de la Cour est particulièrement vigoureuse : après avoir soigneusement caractérisé la situation de l'entreprise, elle estime que la situation de l'entreprise était assurée dans les trois hypothèses envisageables. Le choix qu'elle a effectué s'était fait au détriment de l'emploi : le choix de fermer le site de Riom avait relégué le concept de préservation de l'emploi « *au rang de simple variable indemnitaire relevant du traitement social du chômage* ». La Cour de Riom pose une exigence civique très forte : le licenciement pour réorganisation ne peut être admis que si l'entreprise intègre dans ses choix la dimension civique de l'emploi. L'Assemblée plénière a censuré cette décision[1730] au nom de la protection de la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise. Cette décision n'a cependant pas disqualifié la validité ni le poids des arguments civiques tirés de la protection de l'emploi des salariés. Le droit à l'emploi a permis la consécration de nombre de règles protectrices des salariés, dont les obligations de reclassement et d'adaptation aujourd'hui inscrites dans le Code du travail (article L. 321-1 al. 3). Nombre de décisions continuent à se référer au droit à l'emploi. Un arrêt de la Chambre sociale a par exemple considéré que la situation du marché du travail peut justifier des différences dans l'octroi d'indemnités de licenciement issues de conventions collectives successives[1731]. Un argument d'ordre civique tel que la protection de l'emploi peut ainsi justifier la mise à l'égard un autre argument civique (le droit à l'égalité de traitement).

Ces différentes décisions montrent le poids pris par les arguments civiques dans les justifications. Ces valeurs ne s'expriment d'ailleurs pas au seul moment de l'examen de la valeur des arguments patronaux. La promotion de la catégorie des droits et libertés fondamentaux dans la période récente[1732] a donné un poids croissant au contrôle des justifications. La violation d'un droit fondamental semble à la fois exiger une argumentation plus étayée –au travers l'application de la règle de proportionnalité[1733] et justifier le prononcé de sanctions spécifiques[1734].

582. Conclusion : la pluralité des valeurs en droit du travail

Les Economies de la grandeur fournissent une grille d'analyse pertinente des justifications patronales, telles qu'elles sont acceptées par le juge ou tout autre for externe.

La part des différentes justifications a connu d'importantes variations historiques. Les valeurs domestiques, naguère omniprésentes, ne reçoivent plus

1728. Riom 1er juillet 1997, n° 97-548

1729. id. p. 8

1730. Ass. Plen. 8 décembre 2000, voir supra n° 466

1731. Soc. 10 décembre 2003, 01-47.147

1732. cf. A. Lyon-Caen et I. Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421

1733. Voir supra n° 395

1734. Voir supra n° 329; Chamberry 11 décembre 2001, D.O. 2002, p. 207 obs. A. de Senga : nullité du licenciement prononcé pour violation d'une liberté fondamentale (exercice de l'action en justice).

qu'une portion congrue. Les valeurs industrielles conservent dans le droit contemporain une grande force, mais des évolutions récentes montrent qu'elles subissent une certaine érosion. Parallèlement, les valeurs civiques connaissent une étonnante ascension : les juridictions imposent de manière croissante à l'employeur d'intégrer dans ses choix l'obligation de respecter l'égalité professionnelle, et de promouvoir le développement de l'emploi.

Le second enseignement de l'utilisation du modèle des Economies de la grandeur réside dans la nécessité d'un compromis entre les différentes valeurs pour que celles-ci soient pertinentes. L'idée d'une stricte séparation entre des *sphères de justice* apparaît ainsi infondée. Le caractère convaincant d'une argumentation provient de compromis entre différentes valeurs. La seule exception est sans doute constituée par les valeurs civiques. Celles-ci sont prééminentes dans l'ordre du droit, et permettent à elles seules de justifier des choix. Ainsi que le note Paul Ricœur[1735], la *cité civique* est une cité qui englobe toutes les autres. Elle doit donc être comprise à la fois comme « *un régime de justification parmi les autres et en même temps l'horizon de tous les compromis* »[1736]. Cette particularité de la *cité civique* lui accorde dans les justifications une place prépondérante.

1735. P. Ricoeur, *La place du politique dans une conception pluraliste des principes de justice*, in J. Affichard et J.B. de Foucauld (dir.), *Pluralisme et équité. La justice dans les démocraties*, ed. Esprit, 1995, p. 81

1736. idem.

CONCLUSION

583. Le droit social contemporain connaît depuis la seconde moitié du XXe siècle une importante mutation sous l'emprise de l'exigence qui est faite à l'employeur de soumettre les raisons de ses actes au contrôle des juges. Cette évolution rompt avec les représentations que les juristes ont traditionnellement de la règle de droit et de son application judiciaire. Sans doute ce phénomène n'est-il qu'un reflet des turbulences qui affectent la place du droit dans les démocraties modernes. D'autres domaines du droit subissent des mutations comparables et il est probable que les évolutions du droit social ne sont pas achevées. Pour l'heure, le constat de cette évolution conduit les juristes à affronter un triple défi : celui de la détermination de la place de cette technique de contrôle du pouvoir, celui du rôle du juge dans les démocraties, et celui du rôle dévolu à la science juridique.

584. Sur une technique particulière de contrôle du pouvoir patronal

L'exigence de justification s'est développée parmi d'autres techniques comme un moyen de contrôler le pouvoir de l'employeur. Elle est née au cours du XXe siècle, faisant droit à une revendication de protection des droits fondamentaux des salariés face à la puissance de l'employeur. D'autres techniques se sont développées en parallèle, telles que l'attribution de droits substantiels au salariés (fixation de la durée du travail, minima salariaux, règles d'hygiène et de sécurité) ou de droits de nature collective (liberté syndicale, négociation collective, droit de grève). La question posée est alors celle de la place qui doit être faite à ces différentes formes de contrôle du pouvoir de l'employeur.

L'étude de la notion de justification montre l'intérêt particulier de cette technique. Règle à contenu variable, elle encadre avec pédagogie plutôt qu'elle ne paralyse l'action. Elle permet de concilier le contrôle du pouvoir et une liberté raisonnable dans l'action. Elle offre une protection aux droits fondamentaux sans déterminer de droits subjectifs rigides et par nature limités. La relativité de la protection offerte par l'exigence de justification est la garantie d'une extension continue de cette forme de contrôle du pouvoir.

Pourtant, cette technique s'avère parfois pesante, imposant les lourdeurs d'une procédure, et l'incertitude d'un contentieux dont l'issue n'est jamais assurée. Il conviendrait alors de définir la place réservée à ce type de contrôle.

Le droit du licenciement a permis l'épanouissement de cette technique, et la porte à un degré de raffinement surprenant. Nombre de règles du droit du licenciement paraissent pourtant mal adaptées au respect de l'exigence de justification. Deux aspects demeurent particulièrement imparfaits dans le droit français. Le premier est la place octroyée à la procédure en droit français : nombre de règles de cette procédure montrent un souci pointilleux de régler dans le détail des formalités sans véritablement promouvoir un débat sincère sur les justifications dans cette phase du licenciement. Les droits des salariés pourraient être renforcés

dans cette phase si les règles lui permettaient d'être pleinement informé dès la convocation à l'entretien des griefs qui lui sont reprochés. Il serait par ailleurs souhaitable, pour garantir un véritable débat, que les institutions représentatives du personnel jouent un rôle accru dans cette procédure. Le second domaine qui mérite d'être sérieusement révisé est le système des sanctions du licenciement. Le développement de l'exigence de justification nécessiterait de développer les nullités de procédure ou au moins la suspension en référé des procédures irrégulières. Par ailleurs, il semble nécessaire de corriger la distinction entre les irrégularités de procédure et les irrégularités de fond lorsque les règles violées n'ont pas permis de respecter l'exigence de justification. Il est enfin envisageable de renforcer les sanctions indemnitaires, car le montant des indemnités octroyées aux salariés demeure souvent très modeste. Ces sanctions demeurent très peu incitatives pour les entreprises.

La faiblesse des contentieux engagés en dehors du droit du licenciement laisse planer des doutes sur l'utilité pratique de formes du contrôle du pouvoir de l'employeur confiées aux juges[1737]. Dans ces matières, un équilibre reste à trouver pour rendre effective la protection des droits fondamentaux des salariés. Si le principe d'un contrôle des justifications n'est pas contesté en matière d'égalité, il conviendrait sans doute d'instaurer des procédures pré-contentieuses appropriées pour permettre une garantie des droits des salariés. Par ailleurs, il apparaît que la faiblesse des contentieux tant en matière disciplinaire qu'en matière d'égalité exigerait de combiner le contrôle des justifications avec d'autres formes de contrôle du pouvoir de l'employeur. Il est possible en la matière de concevoir l'intervention accrue de représentants des salariés, à travers par exemple des commissions paritaires chargées d'enquêter, et/ou de prendre les décisions appropriées. Une réflexion doit également être engagée pour fournir aux salariés les moyens d'expertise nécessaire en ces matières.

La question est enfin posée de la place du contentieux des justifications dans le domaine collectif. Le droit français est pour l'essentiel construit sur une opposition entre un contrôle collectif des actes patronaux et un contrôle judiciaire des justifications. L'exemple du droit du licenciement collectif pour motif économique montre cependant les possibilités d'une interaction entre ces deux formes de contrôle du pouvoir. Pour l'heure, ce droit parvient difficilement à coordonner les interventions des représentants des travailleurs et celle du juge sur les justifications : les représentants interviennent a priori dans les procédures de restructuration et le juge intervient a posteriori dans les litiges individuels sur les licenciements. Entre ces deux moments, le droit n'organise qu'un contrôle du juge sur le respect de la procédure et les plans sociaux, mais ne permet un examen des justifications économiques par le juge que de façon incidente. L'efficacité de l'intervention des représentants du personnel dans ces procédures exigerait de reconnaître toute sa

1737. Les statistiques font apparaître que 1048 demandes ont été introduites en 2001 devant les conseils de prud'hommes pour annulation de sanctions disciplinaires (à comparer aux 105090 demandes relatives au licenciement) (Annuaire Statistique de la justice, La documentation française, 2003) ; le contentieux sur l'égalité semble moindre, mais aucune statistique officielle n'existe en la matière. L'interrogation des banques de données montre que 71 décisions ont été rendues à propos des discriminations sexuelles par la Chambre sociale de la Cour de cassation… depuis 1962 .

place au contrôle judiciaire des justifications au moment des débats collectifs sur les restructuration.

La question ne se pose pas d'ailleurs que dans les restructurations. La protection du droit des salariés à la négociation collective requiert de favoriser le dialogue dans la négociation. L'une des voies possibles est d'assurer la bonne foi dans la négociation au travers un contrôle judiciaire des justifications. Un tel contrôle est envisageable dans deux séries de règles. Dans le domaine de la négociation collective obligatoire, il est possible d'envisager de mieux contrôler l'argumentation du chef d'entreprise lorsqu'il refuse de faire droit à des demandes des organisations syndicales qui emportent des enjeux de protection des droits fondamentaux des salariés. Dans le domaine de la négociation dite de gestion (en particulier sur l'organisation du temps de travail) dans laquelle les entreprises sont souvent tentées d'imposer unilatéralement leurs conditions aux représentants, l'établissement d'un dialogue véritable pourrait également exiger un contrôle judiciaire sur les justifications patronales (justifications systématiques des dérogations aux règles sur le temps de travail, du recours aux astreintes, au travail de nuit, aux heures d'équivalences, etc.).

L'intervention judiciaire dans le champ des rapports collectifs de travail est cependant plus délicate. La revendication d'une autonomie dans le dialogue social est exclusive de toute intervention tutélaire du juge qui serait susceptible d'interférer avec le pouvoir des représentants des salariés. Il nous semble pourtant que l'intervention du juge peut être ici conçue avant tout comme un moyen à la disposition des partenaires sociaux permettant de renforcer le dialogue social et d'en améliorer la qualité. Faut-il rappeler que le juge n'intervient que lorsqu'il est saisi par les justiciables, et qu'il ne peut statuer que dans la limite de l'objet et de la cause qui lui est soumise ?

Un contrôle des représentants du personnel sur les justifications, appuyé sur la possibilité de faire appel au juge permettrait de mieux équilibrer les rapports entre liberté d'entreprendre et protection des droits fondamentaux des salariés.

585. Sur une évolution du rôle du juge dans les démocraties

Le développement de l'exigence de justification et celui du contrôle judiciaire corrélatif conduisent à une sensible évolution du rôle du juge, appelé à intervenir de façon croissante dans les relations entre particuliers. Par cette dimension, les évolutions du droit social confirment des évolutions connues par l'ensemble des branches du droit[1738]. Le fort développement du contentieux depuis la seconde guerre mondiale est le signe incontesté d'une « *judiciarisation* » des rapports sociaux. L'effacement des régulations collectives traditionnelles, des rapports sociaux de plus en plus individualisés conduisent à une double mutation.

Mutation de la loi d'abord, qui ne peut plus être réduite à des prescriptions générales et permanentes. La demande de justice et de protection rend le législateur plus attentif aux demandes sociales, ce qui conduit à un processus continu de fragmentation des règles, et à une mise en question permanente des règles afin

1738. Sur ce thème, voir : D. Salas, Le tiers pouvoir, Vers une autre justice, Hachette pluriel, 2000 ; A. Garapon, Le gardien des promesses, Justice et démocratie, Ed. Odile Jacob, 1996 ; C. Guarnieri et P. Pederzoli, La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie, Michalon, 1996

d'adapter celles-ci à la demande sociale. Ce mouvement est par ailleurs accentué par la place primordiale reconnue aux droits de l'Homme et aux droits fondamentaux depuis la seconde guerre mondiale. Ces droits conduisent à une confiance moins aveugle en la loi, qui ne peut s'appliquer qu'à condition de leur être compatible.

Mutation du rôle du juge ensuite, confronté à la fois à la dégradation des normes légiférées, moins stables et moins prééminentes dans l'ordre juridique, et à une demande de protection des droits individuels contre l'exercice des différents pouvoirs.

Ces évolutions mettent en question la conception légicentriste du droit, dans laquelle la norme est définie par le législateur, et le juge, simple « *bouche de la loi* », applique celle-ci de façon automatique. Les juges se voient reconnaître un pouvoir accru dans la détermination des règles applicables, en raison du caractère plus fluctuant et plus flou des règles légiférées ainsi que du contrôle du respect des droits fondamentaux des personnes. Le législateur voit son rôle devenir plus modeste, intervenant à la fois plus en amont dans la production normative (par la définition de grands principes et la détermination des règles de l'action en justice), mais également plus en détail dans la détermination des règles de procédure, et dans l'attribution de droits aux différents groupes sociaux.

Ces transformations sont clairement perceptibles dans le contrôle des justifications patronales. Face à la demande de justice des salariés confrontés à l'exercice des pouvoirs de l'employeur, en particulier dans les questions de licenciement, le législateur a consacré de nouvelles procédures qui confient au juge le soin de déterminer les règles de jugement qui lui permettent de trancher les litiges qui lui sont soumis.

La question qui se pose alors est celle de la place des juges dans les démocraties. Dépourvue de légitimité propre, l'autorité judiciaire ne saurait prétendre représenter l'intérêt général dans la production normative. Son pouvoir n'a de sens que par délégation du pouvoir législatif, dans le respect de son rôle de gardien des valeurs de la démocratie. Il serait illusoire de prétendre que la protection des droits fondamentaux serait assurée en se contentant de substituer à l'arbitraire des différents pouvoirs celui des juges. La protection des valeurs démocratiques exige que soient mieux coordonnés les rapports entre le législateur, les juges et les particuliers. Le législateur devrait d'abord maîtriser au mieux la délégation des pouvoirs qu'il concède au juge. Cette maîtrise exige un affermissement des principes fondamentaux de la procédure. Elle requiert par ailleurs que l'emploi des standards juridiques, qui délèguent une partie du pouvoir de la production normative aux juges soient plus précisément encadrés, par le recours aux définitions légales et l'emploi de termes plus précis. Il nous semble en particulier que l'utilisation des standards très imprécis de la « *cause réelle et sérieuse* », ou celui de la mesure « *justifiée* » devrait être bannie au profit de règles plus explicites comme la proportionnalité. Le contrôle démocratique sur le pouvoir des juges nécessite en dernier lieu un contrôle de la démocratie d'opinion sur les décisions judiciaires. L'étendue des pouvoirs conférés aux juges n'a de sens que dans la mesure où ceux-ci assurent une protection du pacte démocratique et des droits fondamentaux. Le respect de ces droits et valeurs exige à la fois une rigueur et une explicitation du raisonnement judiciaire. L'étude de la justification montre que la motivation des décisions de justice est

rarement très explicite dans les choix de valeurs que font les juges. Nombre de décisions restent conformes à un modèle décisioniste, se contentant de trancher le litige sans véritablement expliciter les choix opérés. Beaucoup de décisions privilégient des arguments techniques (respect des règles formelles de preuve ou de procédure) par rapport à la recherche d'un véritable raisonnement sur les valeurs des choix opérés par les chefs d'entreprise. L'exigence de justification, d'une rationalité trouvée dans l'argumentation, exigerait de valoriser les argumentations des parties et les raisonnements déployés par les juridictions pour trancher les litiges. Il faut reconnaître la difficulté d'une telle évolution, la culture juridique s'étant beaucoup éloigné de l'étude de l'argumentation. Aussi la justification des mesures de gestion du personnel appelle-t-elle avant tout des évolutions du savoir des juristes permettant de rendre compte des évolutions normatives en cours.

586. Sur une évolution attendue de la science juridique

L'exigence de justification et le contrôle des justifications placent l'argumentation au centre des normes et de leur mise en œuvre. La règle fixe un cadre d'argumentation. Il appartient ensuite au juge de déterminer si les argumentations développées par l'employeur, afin de convaincre du bien fondé de ses choix, sont pertinents.

Un point de vue critique sur le processus de décision juridique force à admettre que les magistrats ne disposent pas d'outils d'analyse infaillibles ni objectifs. L'argumentation est essentiellement libre. Tous les arguments sont *a priori* admissibles – du moins si on exclut les cas de prohibition des mobiles illicites. Seul le raisonnement permet de montrer qu'un acte est justifié. Encore faut-il admettre, dans le contexte d'une rationalité pratique limitée, que ce raisonnement ne peut obéir aux lois d'une logique formelle et indiscutable. La conviction doit prendre appui sur des éléments émotionnels, affectifs, induits par la référence à des valeurs partagées entre le locuteur et son auditoire.

L'étude de la rhétorique permet de prendre conscience des différents mécanismes de l'argumentation, ainsi que de leur caractère non formel. Il paraît alors nécessaire que les magistrats, mais aussi le législateur ou les auteurs prennent conscience des ressorts de l'argumentation et de la concurrence entre les valeurs à l'œuvre, afin de les soumettre à débat, et d'arbitrer dans le sens de décisions qui soient compatible avec un idéal de justice nécessaire dans une société démocratique.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ARISTOTE, *Rhétorique*, Traduction de C.E. Ruelle, Introduction de M. Meyer, Le livre de poche, 1991

A.J. ARNAUD (DIR.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition, LGDJ, 1993

C. ATIAS, PHILOSOPHE DU DROIT, PUF, 1999

G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF 1995

C. BARNARD, *EC Employment Law*, 2e édition, Oxford University Press, 2000

A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6e édition, Montchrestien, 1997

G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, T. XII à XV, Les obligations*, 3e édition, Sirey, 1906 - 1908

G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, T. XXI, Du contrat de louage*, 3e édition, Sirey, 1907

J.L. BERGEL, *Théorie Générale du droit, 2e ed.* Dalloz, 1989

J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997

A. BRUN, *La jurisprudence en droit du travail,* Sirey, 1967

R. CABRILLAC ET ALII, *Libertés et droits fondamentaux,* 10e ed., Dalloz, 2004

L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3e ed. Litec, 2000

G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 2e édition, Dalloz, 1982

H. CAPITANT, *Cours de législation industrielle,* Pedone, 1911

H. CAPITANT ET P. CUCHE, *Précis de législation industrielle,* 3e ed., Dalloz, 1933

H. COLLINS, *The law of contract, Butterworth*, 2e ed., Londres 1993

H. COLLINS , K.D. EWING, AILEN MC COLGAN, *Labour Law, Text and Materials*, Hart Publishing, Oxford 2001

M. COHEN, *Le droit des comites d'entreprise et des comités de groupe,* 4e édition, LGDJ 1997

G. CORNU (DIR.), *Vocabulaire juridique,* PUF, 2000

G. CORNU ET J. FOYER, *Procédure civile*, 3e ed. PUF 1996

G. COUCHEZ (DIR.), *Procédure civile*, Dalloz, 1998

G. COUTURIER, *Droit du travail*, T1, *Les relations individuelles de travail*, 3e ed., PUF, 1996, T2*, Les relations Collectives de travail*, 2e ed., PUF 1993

S. DEAKIN, G. S. MORRIS, *Labour Law*, Butterworth, Londres, 2e ed., 1998

M. DELMAS-MARTY ET CL. LUCAS DE LEYSSAC, *Libertés et droits fondamentaux,* Seuil 2002

F. DESPORTES ET F. LE GUNEHEC, *Droit pénal génral,* 10e ed., Economica 2003

R. DWORKIN, *L'Empire du droit,* Puf, 1994

L. FAVOREU ET ALII, *Droits des libertés fondamentales,* 2e ed., Dalloz, 2002

J. FLOUR, J.L. AUBERT, DROIT CIVIL, *Les obligations,* Vol. 1*, L'acte juridique*, 7e ed., A. Colin, 1996 ; Vol. 2, *Le fait juridique*, 7e ed. A. Colin, 1997

E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Nouvelle édition par M. Rousselet, M. Potin, M. Ancel, Dalloz, 1952

F. GAUDU ET R. VATINET, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux,* LGDJ, 2001

J. GHESTIN, *Introduction au droit,* LGDJ 1994

J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3e édition, LGDJ, 1993

J. GHESTIN, CHR. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 2e édition, LGDJ, 1994

S. GUINCHARD ET ALII, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès civil 2e ed.,* Dalloz, 2003

J. HABERMAS, *Vérité et justification*, Gallimard, 2001

H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2e ed., Clarendon Press, Oxford, 1994

J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 2e ed. par T. Le Bars, Montchrestien 2002

A. JEAMMAUD ET A. LYON-CAEN (DIR.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique,* Actes Sud 1986

M.N. JOBARD-BACHELIER ET X. BACHELIER, *La technique de cassation*, 4e édition, Dalloz, 1998

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962

G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen,* 7e ed., Dalloz, 1991

G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, *Les grands arrêts de droit du travail*, 2e ed., Sirey, 1980

G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, *Droit du travail*, 19e édition, Dalloz, 1998

H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle,* 5e ed., Montchrestien, 1957-1960

PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les obligations*, 8e édition, Cujas, 1997

R. MERLE , A. VITU, *Traité de droit criminel*, 6e édition, Cujas, 1984

P. OLLIER, *Droit du travail*, A. Colin, 1972

M. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, 3e édition, Plon, 1863

J. PÉLISSIER (DIR.), *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1998

J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail,* 21e ed., Dalloz, 2002

J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts de droit du travail,* 3e ed. Dalloz 2004

P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, 6E ÉDITION, A. ROUSSEAU, PARIS, 1930

P. PIC, J. KREHER, *Le nouveau droit ouvrier français, dans le cadre de la Charte du travail*, LGDJ, 1943

M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 6, obligations par P. Esmein, LGDJ 1952

POTHIER*, Traité du contrat du louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, 1771

J. PRADEL, *Droit pénal général,* 14e édition, Cujas, 2000

J. PRADEL, *Le nouveau code pénal (partie générale)*, Ed. Dalloz 1994

M.L. RASSAT, *Droit pénal général,* 2e ed. Puf, 1999, p. 562 ;

A. RENDU, *Traité pratique du droit industriel,* Paris, 1855

J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, 12E ED., PUF, 1991

P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne,* LGDJ, 1998

A. ROUAST ET P. DURAND, *Précis de législation industrielle*, 2e ed., Dalloz, 1947

G. SCELLES, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 2e ed.¸ Paris, 1928

H. SOLUS ET R. PERROT, *Droit judiciaire privé, T.1, . Introduction, notions fondamentales,* Sirey, 1961

H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. 3, *Procédure de première instance*, Sirey, 1991

G. STEFANI, G. LEVASSEUR ET B. BOULOC, *Droit pénal général*, 15e édition Dalloz, 1994

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme,* 6e ed., PUF,2003

A. SUPIOT, *Les juridictions du travail*, Dalloz, 1987

A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994

A. SUPIOT (DIR.), *Au-delà de l'emploi,* Flammarion, 1999

F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 2e ed., Dalloz, 1994

F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 6e édition, Dalloz, 1996

M. TROPER, C. GZREGORCZYK, F. MICHAUT, *Le positivisme juridique*, LGDJ 1992

S. VAN RAEPENBUSCH ET ALII, *Politique sociale, éducation et jeunesse, Commentaire J. Megret*, Vol. 7, 2e ed., éditions de l'Université de Bruxelles, 1998

J.M. VERDIER, *Syndicat et droit Syndical*, Volume 1, *Liberté, structures, action*, 2e édition, Dalloz 1987 ; Volume 2, *Le droit syndical dans l'entreprise*, 2e édition, Dalloz, 1984

J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26e édition, Dalloz, 2001

G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 2e édition, LGDJ 1995

G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité,* 2e ed., 1998

J. VILLEBRUN ET G.P. QUETANT, *Traité de la juridiction prud'homale*, 3e ed., LGDJ, 1998

II. THÈSES ET MONOGRAPHIES

A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable,* LGDJ, 1992

R. ALEXY, *A theory of Legal Argumentation, The theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Traduit de l'allemand par R. Adler et N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989, 319 pages

P. AMSELEK*, Perspectives d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, ed. LGDJ, 1964

C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire, Eléments pour une théorie des théories juridiques,* PUF, 1987

D. AUTIE, *La rupture abusive du contrat de travail*, Dalloz, 1955

J. AZEMA, *La durée des contrats successifs,* LGDJ, 1969

G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995

C. BARNARD, *EC Employment Law,* Oxford University Press, 2e ed., 2000

F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998

M. BEHAR-TOUCHAIS, dir. *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui,* Economica 2001

J.M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations,* Documentation Française 1999

L. BOLTANSKI ET L. THÉVENOT, *Justesse et justice dans le travail,* PUF, 1989

L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991

L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme,* Galimard, 1999

J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997

H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1923

F. CHATEAURAYNAUD, *La faute professionnelle. Une sociologie des conflits de responsabilité,* Métailié, 1991

J. CHEVALLIER, *La charge de la preuve,* Cours de DES, 1958-1959

H. COLLINS, *Justice in Dismissal : The law of terminaiton of employment*, Clarendon Press, Oxford, 1992

P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruylant LGDJ, 1998

I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail,* Litec, 2001

G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls,* LGDJ, 1972

N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto dans le droit civil français*, LGDJ, 1965

O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi,* P.IE.-Peter Lang, Bruxelles 2001

J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980

G. DINGOME, *Le fait justificatif en matière de responsabilité civile*, Thèse, Paris I, 1986

E. ELLIS, *EC Sex Equality Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998

R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préface de A. Lyon-Caen, LGDJ 1996

P. ESMEIN, *Les preuves en droit civil,* Cours de DES, 1954-55

F. EWALD, *L'Etat Providence, Grasset, 1986*

F. EYMARD-DUVERNAY, E. MARCHAL, *Façons de recruter, Le jugement de compétence sur le marché du travail*, Metailié, 1997

F. FAVENNEC, *La preuve en doit du travail*, Thèse, Paris-X, 1983

S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2002

M. A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica, 1985

M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, Thèse, Paris X, 1999

CHR. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Préface de M. Villey, LGDJ 1982

M. HABCHI, *Essai sur la notion de justification*, Thèse, Paris XII

R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la cour de justice des Communautés Européennes,* LGDJ 2003

K.T. HERVEY, D. O'KEEFFE (DIR), *Sex equality law in the European Union,* ed. John Wiley & sons, Chichester, 1996

A. O. HIRSCHMAN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Fayard, 1991

G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968

T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit,* préface de J. Carbonnier, LGDJ 1988

A. JEAMMAUD*, Des oppositions de normes en droit privé,* Thèse, Lyon III, 1975

A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993, 135 pages

L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* (Essais de téléologie juridique, T. 2), Dalloz, 1928

L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2e ed., Dalloz, 1939

X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1994

J.M. LATTES, *Le principe de non-discrimination en droit du travail,* Thèse, Toulouse I, 1989

L. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Thèse, Paris XIII, 1977

H. LEVY-BRUHL*, La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, ed. M. Rivière, Paris, 1964

C. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel : contribution à une théorie générale du débat, Préf. Hervé Croze,* PU Aix-Marseille, 2001

P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ 2004

P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international,* Dalloz, 1973

C. MCCRUDDEN (DIR.), *Anti-discrimination Law,* Dartmouth, Aldershot, 1991

C. MCCRUDDEN et G.A. CHAMBERS (DIR.), *Individual rights and the law in Britain*, Clarendon Press, 1994

J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Préface M. Troper, Bruylant-LGDJ, 1994

M.L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit,* Préface de M. Despax, LGDJ, 1994

H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* Sirey, 1948

H. MOTULSKY, *Droit processuel,* Montchrestien, 1973

J. NORMAND, *Le juge et le litige,* LGDJ 1965

S. PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000

J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement,* Sirey, 1974

CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5e édition, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992

CH. PERELMAN, *L'empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Vrin, 1977

CH. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e ed. (réimpr. de l'ed. De 1979), 1999

CH. PERELMAN, *Justice et raison,* Editions de l'Université de Bruxelles, 1972

CH. PERELMAN, *Ethique et droit,* Editions de l'Université de Bruxelles, 1990

X. PHILIPPE, *Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica, 1990

Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* LGDJ 1989 ;

G. POULAIN, *La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée,* LGDJ, 1971

R. PRIEUR, *L'abus des droits dans la formation et la dissolution du contrat de travail,* Thèse, Paris, 1942

C. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, 1997

O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique,* Théorie et pratique, 2e ed., PUF, 1994

A. RENDU, *Traité pratique de droit industriel*, Paris, 1855

S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ 1980

S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques*, PU d'Aix-Marseille, 1999

L. SFEZ, *Leçons sur l'égalité*, Presses de la FNSP,1984

J.C. SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, Ed. Stevens, Londres, 1989

M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, *Les accords d'entreprise,* Thèse, Paris I, 1986

PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie,* LGDJ 2000

A. SUPIOT*, Le juge et le droit du travail*, Thèse, Bordeaux I, 1979

G. VANNIER, *Argumentation et droit*, PUF 2001

R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise,* Sirey, 1983

M. VERWILGHEN (ED.), *L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne,* PU Louvain / ed. Bruylant, 1993

P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Points Seuil, 1971

J. VIDAL*, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957

J. VINCENT, *La dissolution du contrat de travail,* Thèse, Lyon, 1935

G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1980

M. WALTZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité,* Seuil, 1997

III. ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A.A. AL SANHOURY, *Le standard juridique*, Mélanges Geny, Tome II, 1936, p. 145

P. AMSELEK, *La phénoménologie et le droit*, APD 1972, p.185

P. ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle,*JCP 1999, CDE n° 6, p. 30

P.H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail,* Dr. soc. 1999, p. 330

A. ARSEGUEL, B. REYNES, *L'égalité entre hommes et femmes en droit du travail*, Annales Univ. sc. soc. Toulouse, T. XXXIII, 1985, p. 173

J.M. AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, D. 1956, chr. p. 26

J. AUDINET, *La réforme du droit du licenciement*, JCP 1973, 2601

J.L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, 57 Proceedings of the Aristotelian Society I, p. 20 (1956/7), reproduit in Philosophicla papers, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 123-152

P. AUVERGNON, *Les ruptures en période d'essai*, Dr. Soc. 1992, p. 796

C. BARNARD, *The principle of Equality in the Community context,* Cambridge Law Journal n° 57, 1998, p. 352

H. BATIFFOL, *Observations sur la preuve des faits,* In Ch. Perelman, *La preuve en droit*, p. 303

H. BATIFFOL, *La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman,* Mél. Perelman, p. 153

M. BEHAR-TOUCHAIS, *Rapport introductif*, Colloque sur le principe de proportionnalité en droit privé, Petites Affiches n° 117, 30 septembre 1998, p.3

G. BÉLIER ET HJ LEGRAND*, Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?* Dr. Soc. 1996, p. 932

J.M. BÉRAUD, *La discipline dans l'entreprise*, Mel. G. Lyon-Caen, p.381

J.M. BÉRAUD, *L'interaction du contrat de travail et du pouvoir de l'employeur*, D.O. 1997, p. 529

I. BERLIN, *Equality,* Proceedings of the Aristotelitian Society, 1956, p. 305

M.-F. BIED –CHARRETON, *La réintégration… à grands pas*, Dr. Ouvrier 1996, p. 293

H. BLAISE, *Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail,* Dr. soc. 1985, p. 635

H. BLAISE, *Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail,* RJS 12/92, p. 729

H. BLAISE, *Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail,* Dr. Soc. 1996, p. 33

X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207

N. BOBBIO, *Égalité et différence. Le clivage décisif,* Esprit 1992, p. 24

A. BOCKEL, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration,* AJDA 1978, p. 355

V. BONIN, *Ordre et cause du licenciement pour motif économique*, D. 1999 J, p. 376

M.C. BONNETETE, *De la notion de faute à la notion de cause*, D. 1974, chr. p. 191

G. BORENFREUND, *La résistance des salariés à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626

B. BOSSU, *L'annulation d'une sanction disciplinaire (rétrogradation) et ses conséquences,* D. 1994, J. p. 457

F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve,* Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 736

G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, Mel. Walline, p. 292

A. BRUN, *Le lien d'entreprise,* JCP 1962, I, 1719

A. BYRE, *Égalité de rémunération et valeur du travail en droit anglais : une jurisprudence novatrice, Dr. Soc. 1988, p. 815*

G. CALBAIRAC, *Considérations sur la règle « fraus omnia corrumpit »,* D. 1961, chr. p. 169

G.H. CAMERLYNCK, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, 1425

G.H. CAMERLYNCK, *La réforme du délai congé*, D. 1958, Chron. p. 10 1958, I, 1425

G.H. CAMERLYNCK, *Du motif inexact au fallacieux prétexte*, D. 1959, chr. p. 159

G.H. CAMERLYNCK, *La révision du contrat de travail*, JCP 1964, I, 1964

H. CAPITANT, *Sur l'abus de droit,* Rev. trim. dr. civ. 1928, p. 374

J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in CH. PERLEMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99

S. CARRE, *Le contrôle prud'omal de la légitimité des licenciements économiques. Bilan d'une recherche*, Dr. Soc. 1993, p. 219

S. CARRE, *La Cour de cassation face à l'épineux contrôle de la légitimité du licenciement économique,* D. O. 1995, p. 121

V. CHAMPEIL-DESPLATS, *La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français,* D. 1995, chr. p. 323 ;

B. CHAUVET, *La charge de la preuve en droit du travail, une constante évolution en faveur du salarié,* G.P. 1999, p.792

J.P. CHAZAL, *Trnsaction et résiliation, l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique*, D. 1997, J. p. 49

J. CHEVALLIER, *Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, D. 1956, chr. p. 37*

A. CHIREZ et J. LABIGNETTE, *La place du doute dans le contentieux de la relation de travail,* Dr. Soc. 1997, p. 669

A. COEURET, *Entrave et discrimination,* D.O. 1987, p. 449

A. COEURET, *Les titulaires du pouvoir disciplinaire,* Dr. Soc. 1998, p. 25

M. COHEN, *Les nouvelles fonctions économiques des comités d'entreprise,* Dr. soc. 1983, p. 165

M. COHEN, *La consulation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif,* RJS 6/98, p. 435

M. COHEN, *Les deux procédures de consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration avec licenciements*, Dr. soc. 1999, p. 591

M. COHEN, *La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise,* Dr. soc. 1999, 271

H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, APD 1964, p. 1

H. COLLINS, *Capitalist discipline and Corporatist law,* ILJ 1982, p. 78 et p. 170

H. COLLINS*, Market Power, and Bureaucratic Power and the Contract of Employment*, 15 ILJ 1, 1986

H. COLLINS, *Liberty and equality in the workplace, 42* ARSP, 1990, p. 148

H. COLLINS, *Independant contractors and the challenge of Vertical disentegration to employment protection laws,* Oxford Journal of Legal Studies, 1990, p. 353

G. CORNU, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, Trav. Ass. Capitant, T14, 1962, p. 87

D. CORRIGNAN-CARSIN, *La période d'essai, RJS 8-9 / 1995,* p. 551

G. COUTURIER, *Les techniques civilistes et le droit du travail,* D. 1975, chr., p. 151

G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. Soc. 1977 p. 215

G. COUTURIER, *La réintégration des salariés non spécialement protégés - actualité ou prospective* - Dr. Soc. 1981 p. 248

G. COUTURIER, *Observations*, sous Soc. 28 avr. 1988 (Clavaud), Dr. Soc. 1988 p. 430

G. COUTURIER, *La faute lourde du salarié,* Dr. Soc. 1991, p. 105

G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise,* Mel. J. Savatier, PUF, 1992, p. 143

G. COUTURIER, *Plan social et mesures de reclassemnt : l'apport de la loi du 27 janvier 1993,* Dr. Soc. 1993, p. 219

G. COUTURIER, *Quel avenir pour le droit du licenciement ? ,* Dr. Soc. 1997, p. 75

G. COUTURIER, *Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullités des licenciements,* Dr. Soc. 1997, p. 249

G. COUTURIER, *La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi*, Dr. Soc. 1998, p. 375

G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail,* Dr. Soc. 1998, p. 878

G. COUTURIER, *Vers un droit du reclassement*, Dr. Soc. 1999, p. 497

G. COUTURIER, *Négociation d'établissement et discrimination entre les salariés,* Dr. Soc. 2000, p. 185

J.L. CROZAFON, *Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration,* Dr. Soc. 1985, p. 201

J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, APD 1964, p. 25

M. DARMON ET JG HUGLO, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* RTDE, 1992, p. 1

O. DE SCHUTTER*, La vie privée entre droit de la personnalité et liberté,* RTDH 1999, p. 827

M. DÉFOSSEZ, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, RT 1985, p. 521

B. DESJARDINS, *La réintégration*, Dr. Soc. 1992 p. 766

M. DESPAX, *L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples,* Dr. Soc. 1994, p. 243

J. DJOUDI, *Les nullités dans les relations individuelles de travail*, D. 1995, Chron. p. 192

E. DOCKÈS, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail,* Dr. Soc. 1997, p. 140

G. DUPUIS, *Les motifs des actes administratifs,* EDCE 1974-75, p. 15

G. DUPUIS, *Définition de l'acte unilatéral,* Mel. Eisenman, Cujas, 1975

F. DUQUESNE, *Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement,* DR. SOC. 1993, p. 847

F. DUQUESNE, *Départs volontaires et procédures de licenciement économique,* Dr. Soc. 1995, p. 576

F. DUQUESNE, *Enonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié*, Dr. Soc. 1996, p. 374 ;

F. DUQUESNE, *Le tribunal de grande instance face au licenciement économique collectif,* Dr. soc. 2002, p. 606

P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail,* Dr. Soc. 1944, I, p. 344

H. ECOUTIN, *Libertés fondamentales et licenciement*, Dr. soc. 1988, p. 429

B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau,* D. 1997, chr., p. 185

P. ENCLOS, *Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement,* Dr. Soc. 1992 p. 988

P. ETIENNOT, *Stage et essai en droit du travail*, RJS 8-9/99, p. 623

M.C. ESCANDE-VARNIOL, *Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail*, Dr. soc. 2002, p. 1064

M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Mélanges J. Ghestin, 2001, p. 301

F. FAVENNEC HERY, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur,* Dr. Soc. 1985 p. 172

F. FAVENNEC HERY, *Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire,* Dr. Soc. 1990 p. 179

F. FAVENNEC HERY, *La charge de la preuve*, CSBP n° 35, p. 261

A. FREER, *The range of reasonable responses test – from guidelines to statute,* ILJ 1998/4, p. 335

C. FREYRA, *Bilan juridique et économique des fonctions économiques des comités d'entreprise,* Mel. Camerlynck, 1977, p. 273

C. FREYRA, *Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise*, Dr. soc. 1979, spéc. avril, p. 35

M.A. FRISON-ROCHE, *La philosophie du procés, propos introductifs,* APD, t. 39 *Le procès,* Sirey 1994, p. 19

M. FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, numéro du centenaire, 20 juin 1995, p. 156

J.-Y FROUIN, *Le point sur la motivation de la lettre de licenciement*, RJS 7/99, p. 543

J.-Y. FROUIN, *Licéité et existence de la période d'essai,* CSBP 1995, n°72, p. 239

J.-Y. FROUIN, *Négociation collective et consultation du comité d'entreprise*, Dr. Soc. 1998, p. 579

I. GALLOT, *La cause des licenciements non-disciplinaires,*Dr. soc. 1992, p. 758

A. GARDIN, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration,* AJDA 1978, p. 355

F. GAUDU, *La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail,* Dr. Soc. 2002, p. 854

F. GAUDU, *Commentaire de la loi n°89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion,* ALD 1990, p. 1

F. GAUDU, *Fidélité et rupture,* Dr. Soc. 1991 p. 419

F. GAUDU, *Le licenciement pour perte de confiance,* Dr. Soc. 1992 p. 32

F. GAUDU, *L'organisation juridique du marché du travail,* Dr. Soc. 1992 p. 941

F. GAUDU, *L'extinction du plan social,* D. 1995, Chron. p. 337

F. GAUDU, *Les notions d'emploi en droit,* Dr. Soc. 1996, p. 569

F. GAUDU, *Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi,* Dr. Soc. 1998, p. 372

B. GAURIAU, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, Dr. Soc. 1993, p. 738

F. GEA, *Le licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement,* RJS 7-8/00, p. 511

G. GOUBEAUX, *Le droit à la preuve*, in Ch. Perelman et P. Foiriers, dir. La *preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277

P. GRANGIER ET C. SACHS-DURAND, *Le motif économique de licenciement après la loi du 2 août 1989, première approche,* D.O. 1990, p. 165

M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail,* Dr. Soc. 2001, p. 598

M. GREVY, *La vidéo surveillance : un mode normal de contrôle des salariés ?* Dr. Soc. 1995, p. 929

T. GRUMBACH, *La preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse en matière de licenciement*, D.O. 1978, p. 407

T. GRUMBACH, *Nouvelles technologies et relations collectives du travail syndicat et comité d'entreprise : une nouvelle répartition des rôles,* Dr. soc. 1992, p. 544

M. GUIBAL, *De la proportionnalité,* AJDA, 1978, p. 477

S. GUINCHARD, *Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel,* Mélanges Farjat, ed. Frison-Roche, 1999, p. 139

J. GUYENOT, *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée,* in P. Durand (dir.) *La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* LGDJ, 1960, p. 235

G. HAARSCHER, *Le procès chez Perelman,* APD, t. 39 *Le procès,* Sirey 1994, p. 19

A. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification,* Mel. Carré de Malberg, Sirey, 1933

F. HÉAS, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, Dr. Soc. 1999, p. 504

M. HENRY, *La notion de motif économique*, Dr. Soc. 1995, p. 551

M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, D.O. 1995, p. 371

B. HEPPLE, *Equality ande discrimination, Liber Amicorum Lord Wedderburn,* Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 237

T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit,* JCP 1986, I, 3235

C . JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction,* D. 1997, Chron. p. 267

JC JAVILLIER, *L'exercice du contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire,* Dr. Soc. 1983, p. 537

JC JAVILLIER, *Le droit du travail communautaire : un droit en construction,* Melanges J. Savatier, PUF, 1992, p. 221

A. JEAMMAUD, Note sous Soc. 26 octobre 1976 (Janousek) et Soc. 9 février 1977, D. 1977, J. p. 544

A. JEAMMAUD, *La résiliation judiciare du contrat de travail face au droit du licenciement*, D. 1980, Chron. p. 47

A. JEAMMAUD, *La notion de licenciement pour motifs économiques,* Dr. Soc. 1981, p. 267

A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. Soc. 1982 p. 621

A. JEAMMAUD ET A. LYON-CAEN, *Droit et direction du personnel* Dr. Soc. 1982 p. 56

A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *Arrêt Dunlop ou jurisprudence Clavaud ?*, note sous Soc. 28 avril 1988, D.O. 1988, p. 252

A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle,* D. 1990, chr. p. 199

A. JEAMMAUD, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chr. p. 207

A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail, Melanges H. Sinay,* 1993, p. 347

A. JEAMMAUD, *Justice et économie : et le social ?*, Justices, 1/1995, p. 107

A. JEAMMAUD, *La renonciation du salarié*, D. O. 1997, p. 535

A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN*, L'ordonnancement des relations du travail*, *D. 1998, chr. p. 359*

A. JEAMMAUD ET M. LE FRIANT*, Du silence de l'arrêt Sat sur le droit à l'emploi, Dr. Soc. 2001, p. 417*

W. JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 700

P. JESTAZ, *Rapport de synthèse,* RRJ 4-1988 (*Le standard juridique*), p. 1182

P. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986 chr., p. 197*

P. JESTAZ, *Le principe d'égalité des personnes en droit privé, in La personne humaine, sujet de droit,* 4e journées René Savatier, PUF, 1994, p. 159

L. JOSSERAND, *Le contrat de travail et l'abus des droits, in Evolutions et actualités,* 1936, p. 93

A. JUNTER-LOISEAU, *La division sexuelle du travail à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle,* Dr. Soc. 1987, p. 143

G. KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif,* APD 1964, p. 37

M. KELLER, *La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi,* Dr. ouvr. 1996, p.264

J. KENTRIDGE, *Direct and indirect discrimination after Enderby,* Public Law, 1994, p. 198

G. KHAIRALLAH, *Le raisonnable en droit privé français, développements récents,* RT 1984, p.439

C. KILPATRICK, *Deciding when job of equal value can be paid unequally,* ILJ, 1994, p. 311

J.P. LABORDE, *La cause économique du licenciement*, Dr. Soc. 1992, p. 774

X. LAGARDE, *Réflexion de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de motivation*, Dr. Soc. 1998, p. 899

X. LAGARDE, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve,* Droits 1996, p. 31

X. LAGARDE, *La nature juridique de la cause de licenciement,* JCP, ed. G, 2000, I, 254

X. LAGARDE, *La motivation des actes juridiques,* Trav. Ass. Capitant, LGDJ 2000, p. 73

P. LANGLOIS, *Le juge et l'employeur,* Dr. Soc. 2003, p. 283

M.T. LANQUETIN, *La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire,* Dr. Soc. 1988, p. 806

M.T. LANQUETIN, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire,* Dr. Soc. 1995, p. 435

M.T. LANQUETIN, *De l'égalité des chances,* Dr. Soc. 1996, p. 494

M.T. LANQUETIN, *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins,* Mel. H. Sinay, p. 415

M.T. LANQUETIN, *Discriminations à raison du sexe, commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe,* Dr. Soc. 1998, p. 688

M.T. LANQUETIN, *Un tournant en matière de preuve des discriminations,* Dr. Soc. 2000, p. 589

M.T. LANQUETIN, *L'égalité entre les hommes et les femmes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002,* Dr. Soc. 2002, p. 312

B. LARDY-PÉLISSIER, *L'obligation de reclassement*, D. 1998, chr., p. 399

H.J. LEGRAND, *L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi,* Dr. Soc. 1995, p. 243

E. LEPOINTE, *Justifié, donc irresponsable. contribution à la théorie Darwinienne de la variation des espèces,* D. 1996, chr., p. 247

D. LOCHACK, *Réflexions sur la notion de discrimination,* Dr. Soc. 1987, p. 778

F. LUCHAIRE, *Les fondements constitutionnels du droit civil,* Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 263

A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise et les restructurations,* Dr. Soc. sp. avril 1979, p. 23

A. LYON-CAEN, *La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ?* Dr. Soc. 1981, p. 287

A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise à l'heure du changement,* Dr. soc. 1982, p. 299

A. LYON-CAEN *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel ?* D.O. 1986, p. 355

A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail,* Dr. Soc. 1988, p. 540

A. LYON-CAEN, *L'égalité et la loi en droit du travail,* Dr. Soc. 1990, p. 68

A. LYON-CAEN, *Regards sur le contentieux des licenciements pour motif économique,* Rev. Jur. IDF, 1994, p. 175

A. LYON-CAEN, *Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique,* D.O. 1995, p. 281

A. LYON-CAEN, *La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise,* Dr. Soc. 1996, p. 484

A. LYON-CAEN, *Le maintien de l'emploi,* Dr. Soc. 1996, p. 655

A. LYON-CAEN, *De l'égalité de traitement en matière salariale,* Dr. Soc. 1996, p. 1013

A. LYON-CAEN, *Le plan social et la nullité des licenciements collectifs*, D. 1997, J. p. 171

A. LYON-CAEN ET M.A. MOREAU, *A propos de « l'affaire Renault »*, Dr. Soc. 1997, p. 493

A. LYON-CAEN ET I. VACARIE, *Droits fondamentaux et droit du travail,* Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421

G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la bonne foi,* Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 75

G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail,* APD 1968, p.59

G. LYON-CAEN ET M.C. BONNETETE, *La réforme du licenciement a travers la loi du 13 juillet 1973,* Dr. Soc. 1973, p. 493

G. LYON-CAEN ET A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise,* Librairies techniques, 1979, p. 599

G. LYON-CAEN, *Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise*, D. 1983, chr. p. 7

G. LYON-CAEN, *Sur le transfert d'emplois dans les groupes multinationaux,* Dr. Soc. 1995, p. 489

P. LYON-CAEN, *Le contrôle de la Cour de cassation du contenu du plan social,* Dr. Soc. 1995, p. 570

P. LYON-CAEN, *L'ordre des licenciements : critères et sanctions*, conclusions pour Soc. 14 janv. 1997, Dr. Soc. 1997 p. 159

N. MACCORMICK, *La structure ouverte des règles juridiques*, in P. Amselek et C. Gzregorczyk, dir., *Controverses autour de l'ontologie du droit*

H. MASSE DESSEN, *La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail. Une approche civile,* Dr. Soc. 1995, p. 442

D. MAZEAUD, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat,* Petites affiches n° 117, 30 septembre 1998, p. 12

B. MATHIEU*, Le conseiller du salarié, la représentation des travailleurs et la liberté d'entreprendre*, D. 1999, Chron., p. 119

MCCORMICK, *On Reasonableness,* in C. PERELMAN ET R. VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 131

C. MCCRUDDEN, *The effectiveness or European Equality Law : National mechanisms for enforcing Gender equality law in the light of European Requirements,* Oxford Journal of Legal Studies, 3/1993, p. 320

C. MCCRUDDEN, *Merit Principles,* Oxford Journal of Legal Studies, 4/98, p. 544

J. MERLIN, *Les petits licenciements pour motif économique : spécificités du contentieux hors plan social,* Dr. Soc. 1995, p. 559

J. MESTRE, *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat,* P.U. Aix-Marseille, 1993

F. MODERNE, *L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative,* Dr. Soc. 1985, p. 822

N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat,* Petites affiches n° 117, 30 septembre 1998, p. 21

C. M. MORAND, *La sanction,* APD 1990, p. 293

M.A. MOREAU-BOURLES, *La jurisprudence européenne en matière d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins,* Dr. Soc. 1989, p. 541

M. MOREAU, *Les justifications des discriminations,* Dr. Soc. 2002, p. 1112

M.L. MORIN et L. MALLET, *La détermination de l'emploi occupé,* Dr. Soc. 1996, p. 660

M.L. MORIN, *Sous-traitance et relations salariales, aspects de droit du travail,* Travail et emploi n° 60, p. 23

A.J. MORRIS, *On the normative foundations of Indirect discriminaion Law : understanding the competing models of Discrimination Law as Aristotelian forms of justice,* Oxford Journal of Legal Studies, 2/95, p.199

J. MOULY, *La condamnation, par la Cour de cassation, des périodes d'essai en cours de contrat de travail*, D. 1997, J, p. 426

J. MOURY*, Une embarrassante notion : l'économie dans le contrat*, D. 2000, chr. p. 382

S. NADAL, *Égalité en droit du travail : quelques réflexions*, in G. KOUBI et GJ GUGLIEMI, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La découverte, 2000, p. 211

D. NOGUERO, *Le devenir de la période d'essai du salarié*, Dr. soc. 2002, p. 589

J. NORMAND, *Les procédures d'urgence en droit du travail, Dr. Soc. Sp. mai 1980, p. 45*

J. NORMAND, *Les droits de la défense devant les juridictions du travail,* SSL 1988, D 51

P. OLLIER, *Le contrôle du motif économique de licenciement,* Dr. Soc. Spé. Avr. 1978, p. 29

E. PATTARO, *La dimension éthique de la notion de standard juridique*, RRJ 4-1988, P. 814

H. PAULIAT, *La motivation des actes administratifs unilatéraux,* in Trav. Ass. Capitant, 1998, Tome III, La motivation, LGDJ 2000

M.L. PAVIA*, Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental,* P.A. 6 mai 1994, n° spé. p. 6 *;*

J. PÉLISSIER, *La réforme du licenciement,* D. 1973, chr., p. 253

J. PÉLISSIER, *Les licenciements pour motif économique,* D. 1975, chr., p. 135

J. PÉLISSIER, *Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire*, Mélanges J. Vincent, Dalloz1981 p. 273

J. PÉLISSIER, *La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. Soc. 1983, p. 545

J. PÉLISSIER, *Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail,* Dr. Soc. 1987, p. 479

J. PÉLISSIER, *Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation,* Dr. Soc. 1986, p. 179

J. PÉLISSIER, *L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement*, Mel. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, P. 349

J. PÉLISSIER, *Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail*, Mélanges Savatier, Puf, 1992, p. 367

J. PÉLISSIER, *La cause économique du licenciement,* RJS 8-9/92, p.527

J. PÉLISSIER, *Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, Mélanges P. Couvrat, PUF 2002, p. 101

A. PENNEAU, *Le conseiller du salarié,* ALD 1992, p. 19

C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit,* APD 1978, p.35

E. H. PERREAU, *De la résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1928*, Rev. trim. dr. civ. 1929, p.277

A. PHILBERT, *Le droit prétorien du licenciement pour motif économique*, Dr. Soc. 1998, p. 39

E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA 19 98, p. 6

Y. PICOD, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in J. Mestre (dir.), Le juge et l'exécution du contrat, PUAM 1993, p. 57 ;

A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits. réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chr. p. 67

P. POCHET, *Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement*, Dr. Soc. 1995, p. 655

M. POIRIER, *La transaction conclue à l'occasion d'un licenciement pour faute grave,* D.O. 1994, p. 371

G. POULAIN, *Stage et précarité d'emploi*, Dr. Soc. 1982, p. 155

N. POULET-GIBOT LECLERC, *Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs,* D. 1992, chr., p. 61

X. PRÉTOT, *Licenciement collectif pour motif économique,* RJS 4/95, p. 236

P. PRZEMYSKI-ZAJAC, *Abus du droit de résiliation du contrat de travail pendant la période d'essai,* D. 1995, J., p. 550

C. RADE, *Droit social et responsabilité civile,* Dr. Soc. 1995, p. 495

C. RADÉ, *L'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contra de travail et les transactions),* Dr. Soc. 2000, p. 178

P. RAMBAUD, *L'égalité des sexes en droit social communautaire,* D. 1998, Chr., p. 111

J.E. RAY, *Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ?,* Dr. Soc. 1987, p. 365

J.E. RAY, *L'égalité et la décision patronale,*Dr. Soc. 1990, p.83

J.E. RAY, *Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié » (loi du 18 janvier 1991),* Dr. soc. 1991, p. 476

J.E. RAY, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, Evolution jurisprudentielle et légale (1988-1991),* Dr. soc. 1991, p. 768

J.E. RAY, *Les nouvelles dispositions relatives au recrutement : une loi macédonienne*, Dr. Soc. 1993, p. 103

J.E. RAY, *Plan social et insécurité juridique,* Dr. soc. 1995, p. 661

J.E. RAY, *Du collectif à l'individuel, les opposistions possibles,* Dr. soc. 1998, p. 347

S. RIALS, Observations sous C.E. 9 juin 1978 « Lebon », JCP.G., II, 19159

P. RICOEUR, *La place du politique dans une conception pluraliste des principes de justice*, in J. AFFICHARD ET J.B. DE FOUCAULD (dire), *Pluralisme et équité, La justice sociale dans les démocraties*, Ed. Esprit 1995, p.71

G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925

J. RIVERO, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Trav. Ass. Capitant, T14, 1962, p. 343

P. RODIERE, *Sur les effets directifs du droit (social) communautaire,* RTDE, 1991, p. 565

P. RONGERE, *La réforme du droit de licenciement,* Economie et humanisme, Sept. Oct. 1973, p. 27

A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RT 1944, p. 1

P. ROUBIER, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, APD 1964, p. 85

G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1982, p. 21

O. SAUTEL, *Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause),* D. 1999, Chron., p.487

F. SARAMITO, *L'ordre des licenciements,* D.O. 1994, p. 211

J. SAVATIER, *Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques,* Dr. Soc. Spé., avr. 1978, p. 39

J. SAVATIER, *La modification unilatérale du contrat de travail*, Dr. Soc. 1981, p. 219

J. SAVATIER, *Pouvoir patrimonial et direction des personnes*, Dr. Soc. 1982 p. 1

J. SAVATIER, *Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe*, Dr. Soc. 1984 p. 339

J. SAVATIER, *La résiliation amiable du contrat de travail,* Dr. Soc. 1985, p. 692

J. SAVATIER, *Le contrôle du pouvoir disciplinaire depuis la loi du 4 août 1982*, Dr. Soc. 1986, p.501

J. SAVATIER, *Le pouvoir disciplinaire de l'employeur*, Dr. Soc. 1988, p. 251

J. SAVATIER, *Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'accord collectif prévu par la loi,* Dr. Soc. 1990 p. 316

J. SAVATIER, *L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique,* Dr. Soc. 1990 p. 515

J. SAVATIER, *Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : établissement ou entreprise ?* Dr. Soc. 1991, p. 696

J. SAVATIER, *La nullité des sanctions disciplinaires prises contre des grévistes en l'absence de faute lourde,* Dr. Soc. 1993, p. 291

J. SAVATIER, *Les effets de l'annulation d'une sanction disciplinaire disproportionnée à la faute commise,* Dr. Soc. 1993, p. 429

J. SAVATIER, *Délocalisation et cause réelle et sérieuse de licenciement,* Dr. Soc. 1993, p. 646

J. SAVATIER, *La distinction des rapports collectifs et des rapports individuels en matière de licenciement collectif,* Dr. Soc. 1995, p. 234

J. SAVATIER, *La régularisation d'une sanction disciplinaire irrégulière en la forme est-elle possible ?* Dr. Soc. 1995, p. 349

J. SAVATIER, *Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement,* Dr. Soc. 1996, p. 478

J. SAVATIER, *Résiliation amiable du contrat de travail et transatcion,* Dr. Soc. 1996, p. 687

J. SAVATIER, *La procédure des licenciements disciplinaires et la sanction de son inobservation,* Dr. Soc. 1997 p. 690

J. SAVATIER, *Le problème du cumul des indemnités pour licenciement injustifié et pour inobservation de la procédure de licenciement*, Dr. Soc. 1998, p. 226

H. SINAY, *Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement,* D. 1972, chr., p. 241

H. SINAY, *Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973*, Dr. Soc. 1978, n° spé. p. 22

H. SINAY, *Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité des jurisprudences administratives et judiciaires,* Dr. Soc. 1979 p. 275

H. SINAY, *Un nouveau recul de l'article 1142 du code civil en droit du travail : la nullité du licenciement post-grève (loi du 25 juillet 1985),* D. 1986, chr. p. 79

H. SINAY, *La réintégration dans l'entreprise*, Mel. G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 415

H. SINAY, *Rigueur et ampleur de la réintégration (1992-1993),* Dr. Soc. 1994 p. 552

H. SOLUS*, Le rôle du juge dans l'administration de la preuve*, Trav. Ass. Capitant, Tome V, 1949, p.128

M.A. SOURIAC ROTSCHILD, *Le droit à la négociation et sa sanction,* Dr. soc. 1982. 733

M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Dr. Soc. 1996, p. 395

M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, *Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ?* Dr. Soc. 1997, p. 1061

J.M. SPORTOUCH, *Le recours au juge du provisoire en droit du travail*, Dr. Soc. 1987, p. 503

A. SUPIOT, *Les pouvoirs de la formation de référé,* Dr. Soc. 1986, p. 535

A. SUPIOT, *Le contrôle prud'homal des licenciements économiques,* Dr. Soc. 1987, p. 268

A. SUPIOT, *L'équitable dans la preuve*, SSL, Sup. au n° 410 du 24 mai 1988, p. 62

A. SUPIOT, *Dérèglementation des relations de travail et autorégulation de l'entreprise,* Dr. Soc. 1989, p. 195

A. SUPIOT, *A propos d'un centenaire : la dimension juridiaue de la doctrine sociale de l'Eglise,* Dr. Soc. 1991, p. 916

S. SUR, *Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs,* AJDA 1974, p. 349

S. SUR, *Motivation ou non-motivation des actes administratifs*, AJDA 1979, p. 3

D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle*, Mel. Cornu, PUF, 1994, p. 429

F. TERRÉ, *L'office du juge et la rhétorique, l'apport de Pérelman,* in *Chaïm Pérelman et la pensée contemporaine,* p. 245

F. TERRÉ, *Esquisse d'une sociologie des procès,* APD, t. 39 *Le procès,* Sirey 1994, p. 265

L. THÉVENOT, *Jugement ordinaire et jugement de droit,* Annales ESC 1992, n° 6, p. 1279

P. THIEBAULT, *Le juge et l'entreprise,* Dr. Soc. 1997, p. 133

G. TIXIER, *La règle de « reasonableness » et la jurisprudence anglo-américaine,* RDP 1956, p.276

R. TOWNSHEND-SMITH, *Economic defences to Equal pay claims*, in

M. TROPER, *Pour une définition stipulative du droit,* Droits, 10/1989 p.101

A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, JCP 1945, I, 449

Q. URBAN, *Le licenciement pour motif économique et le groupe,* Dr. Soc. 1993, p. 272

I. VACARIE, *la renonciation du salarié,* Dr. Soc. 1990, p.757

G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620

S. VAN RAEPENBUSCH, *Égalité de traitement entre hommes et femmes : jurisprudence récente de la CJCE*, RJS 1/99, p. 7

R. VATINET, *Le mutuus dissensus*, RT 1987, p. 252

F. VENIN, L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur, Dr. Soc. 1983 p. 486

F. VENNIN, *La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié,* Dr. Soc. 1990, p. 769

J.M. VERDIER, *La justification des heures de délégation : dérive jurisprudentielle et menaces sur la représentation du personnel,* Dr. soc. 1988, p. 713

J.M. VERDIER, *L'apport de l'OIT au droit français du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 51

J.M. VERDIER, *La justification des heures de délégation… (suite),* Dr. soc. 1989, p. 637

J.M. VERDIER, *L'utilisation des heures de délégation (suite) : contestation prud'homale, abus de droit, entrave,* Dr. soc. 1991, p. 300

J.M. VERDIER, *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, Mélanges Jean Savatier, Puf, 1992 p. 427

M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur,* Dr. soc. 1991, p. 120

P. Y. VERKINDT, *La question de l'ordre des licenciements : une évolution significative de la jurisprudence de la Cour de cassation,* D. 1996, J. p. 250

P. Y. VERKINDT, *La question de l'ordre des licenciements,* Dr. Soc. 1996, p. 26

P. Y. VERKINDT, *L'application du principe d'égalité aux travailleurs précaires,* Dr. Soc. 1995, p. 870

P. Y. VERKINDT, *De la consultation à la négociation : questions de procédure,* Dr. Soc. 1998, p. 321

M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD 1964, p. 94*

E. VOGEL-POLSKY, *Considérations sur l'égalité en droit social,* in *L'égalité*, vol. 4, Ed. Bruylant, Bruxelle 1975

E. WAGNER, *Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt Janousek,* D. 1983, chr. p. 254

P. WAQUET, *Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement,* Dr. Soc. 1992, p. 980

P. WAQUET, *La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail*, RJS 11/93, p. 631

P. WAQUET, *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement pour motif économique,* Dr. Soc. 1995, p. 482

P. WAQUET, *Le juge et l'entreprise*, Dr. Soc. 1996, p. 472

P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail,* RJS 12/96, p. 791

P. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance,* GP 1996 (2e sem.), p. 1427

P. WAQUET, *Modification des contrats de travail et plan social,* Dr. Soc. 1997, p. 18

P. WAQUET, *Le droit disciplinaire et la modification du contrat de travail,* Dr. Soc. 1997, p. 803

P. WAQUET, *Le droit disciplinaire et la modification du contrat de travail,* Dr. Soc. 1997, p. 803

P. WAQUET, *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail,* Dr. Soc. 1999, p. 566

P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail,* RJS 5/99, p. 383

P. WAQUET, *La cause économique du licenciement*, Dr. Soc. 2000, p. 168

P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. Soc. 2000, p. 1051

R. WATT, *HIV discrimination, unfair dismissal and pressure to dismiss*, 23 ILJ 1992, p. 280

J. WROBLEWSKI, *Justification of Legal decisions,* Rev. Int. Phil. 1979, p. 127

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient au numéro de page)

A

Abus de droit · 47
  Atteinte aux droits et libertés · 49
  définition · 48
  Définition · 52
  Faute · 51, 54, 55, 56
  Intention de nuire · 50
  Légèreté blâmable · 50
  Motif économique · 51
Abus de majorité · 58
Abus de minorité · 59
Accord atypique · 106
Amselek, Paul · 239
Argumentation
  Argumentation circonstanciée · 298
  Causalité · 346
  Cohérence · 301
  Figure de la dissociation · 345
  Figure de l'identité · 343
  Finalité · 349
  Narration · 332
  Non-contradiction · 332
  Non-contrariété · 334
  Règle de justice · 344
Atteinte aux droits et libertés des personnes · 262

B

Boltanski, Luc · 359
Bonne foi
  Exécution des conventions · 35
  Résiliation unilatérale · 64

C

Causalité · 78
Cause
  Droit civil · 32
  licéité · 44
Cause réelle · 267
Cause réelle et sérieuse · 78
  Preuve · 83
Cause sérieuse · 268
Changement des conditions de travail · 142
Charge de l'allégation · 76
Charge de la preuve · 76
Chef d'entreprise · 165
Comité d'entreprise
  Consultation
    Conditions d'emploi · 110
    Généralités 96
    Mesures ponctuelles · 127
    Procédure · 173, 178
    Projet · 128
    Restructurations · 111
Comité d'entreprise européen
  Consultation
    Procédure · 174
Conseiller du salarié · 83, 171
Contrôle administratif sur les licenciements · 84
Convention de conversion · 209

Cour de cassation
Contrôle de la cause réelle et sérieuse · 311
Contrôle de la qualification · 304, 313
Critères d'ordre du licenciement · 302

D

Débat · 177, 298
Déchéance · 224
Définitions · 276
Détournement de pouvoir · 58
Employeur · 60
Dignité · 72
Directive 2000/43/CE · 117
Directive 2000/78 CE · 118
Directive 97/80/CE · 195
Directive 98/59/CE · 98
Discrimination
Droit civil · 46
Embauche · 133
Logement · 64
Orientation sexuelle · 118
Preuve
Statistiques · 193
Race ou origine ethnique · 117,118
Sanction · 212
Sexe · 113
Discrimination indirecte · 92, 115, 316
Droit - fonction · 61
Droit causé · 75
Droit de propriété · 124
Droit disciplinaire · 86, 317
Sanction · 212
Droits discrétionnaires · 41
Droits et libertés des salariés · 98
Droits fondamentaux · 14
Article L. 120-2 C. Trav. · 157

E

Egalité · 263
Embauchage · 130
employeur · 165
Employeur
Représentation et assistance · 168

É

Égalité
Égalité de traitement · 88

F

Faits justificatifs · *Voir* Justification droit pénal
Faute · 372
Droit civil · 28
Faute disciplinaire · 102, 308
Faute grave · 285
Faute lourde · 286
Favennec Héry, Françoise · 76
Fraude à la loi · 42

G

Gény, François · 243
Grève · 23
Gzregorczyk
Christophe · 358

I

insuffisance de résultats · 154

J

Javillier, Jean-Claude · 272
Josserand, Louis · 31, 53
Jugement d'aptitude · 135
Justification
Définition · 9
droit pénal · 3
Droit pénal · 26
Epistémologie · 7
Heures de délégation · 6
Justification et argumentation · 7
Justification et preuve · 4, 12, 75
Licenciement pour motif économique · 84
Relations collectives · 94

K

Kelsen, Hans · 238, 355

L

Lagarde, Xavier · 339
Liberté d'entreprendre · 24, 125
Liberté d'entreprendre
  Individualisation · 129
Liberté d'expression · 374
Libre choix des collaborateurs · 130
Licenciement
  Abus de droit · 209
  Cause catégorique · 306
  Cause réelle et sérieuse · 250, 266
  Entretien préalable · 172
  Faute · 255, 261
  Imputabilité des motifs · 310
  Inaptitude · 258, 376
  Insuffisance professionnelle · 136, 259
  Liberté vestimentaire · 375
  Motif économique · 250, 277
    Définition · 126
    Cessation d'activité de l'entreprise · 282
    Difficultés économiques · 280
    Mutations technologiques · 281
    Sauvegarde de la compétitivité · 281, 312
    Suppression d'emploi · 279
  Motifs objectifs · 309
  Motivation · 307
  Notion · 100
  Pluralité de motifs · 335
  Procédure · 79, 82
  Procédure
    Sanction · 205, 224
  Vol · 348
    Reclassement · 310
Licenciement injustifié
  Sanction · 207
Loi du 13 juillet 1973 · 73, 182, 190, 266
Loi du 16 novembre 2001 · 118
Loi du 17 janvier 2002 (Loi de modernisation sociale) · 126
Loi du 19 janvier 2000 · 254
Loi du 19 juillet 1928 · 57
Loi du 2 août 1989 · 84, 86, 183
Loi du 27 janvier 1993 · 134, 222
Loi du 28 octobre 1982 · 96
Loi du 3 janvier 1975 · 85
Loi du 30 décembre 1986 · 82, 182
Loi du 31 décembre 1992 · 132
Loi du 31 décembre 1992 (L. 120-2 C. Trav.) · 98
Loi du 4 août 1982 · 82, 87, 101, 104
Loyauté · 372
Lyon-Caen, Antoine · 86, 226
Lyon-Caen, Gérard · 132

M

Mandat d'intérêt commun · 63
Médiation · 170
Mérite · 377
Mesure de gestion du personnel · 1
Méthodes de recrutement · 132
Mobiles · 180
  Droit pénal · 25
Modification du contrat de travail · 138
  modification substantielle · 137
Motivation · 10
  Actes juridiques · 181
  CDD · 11
  Droit civil · 62
  Lettre de licenciement · 307
  Licenciement · 182
  Résiliation des contrats · 64
Motulsky, Henri · 76

N

Négociation collective · 94
  Négociation obligatoire · 95
Norme · 238
Nullité
  Licenciement · 217, 226

O

Objet · 32
Ollier, Pierre Dominique · 85
Ordre public · 41
Organisation Internationale du Travail · 68

P

Pélissier, Jean · 74, 257, 306
Perelman, Chaïm · 8, 123, 329
Période d'essai · 144
perte de confiance · 371
Plan de sauvegarde de l'emploi
  Nullité · 222
Pouvoir disciplinaire · *Voir* Droit disciplinaire
Pouvoir discrétionnaire · 122
Preuve · 4, 190, 296
  Cause du licenciement · 191
  Droit à la - · 180
  Risque · 198
  Sanction disciplinaire · 193
Principe d'égalité
  Droit communautaire · 119
  Droit français · 120
Principe du contradictoire · 340
Principes directeurs du procès civil · 292
Procédure · 161
Procès accusatoire · 292
Promotion professionnelle · 135
Proportionnalité · 260, 269, 317
  Discriminations · 273
  Droit disciplinaire · 271

Q

Qualification
  Contrôle de la Cour de cassation · 304

R

Raisonnable · 262, 265, 275, 316
Référé
  Licenciement · 229
Règle unilatérale · 104, 107
Règlement intérieur · 104, 105
Règles
  Règles d'habilitation · 30
  Règles permissives · 23
  Règles prohibitives · 24
Réintégration · 217
Résiliation
  Bail d'habitation · 64
  Contrat de distribution · 64
Résiliation unilatérale
  Contrats à durée indéterminée · 38
Résolution · 37
Responsabilité contractuelle · 38
Rhétorique · 325
Rials, Stéphane · 244
Ripert, Georges · 8
Rongère, Pierrette · 74
Rouast, André · 41, 57
Rupture amiable · 150
Rupture unilatérale du contrat · 36, 37

S

Sanction · 201
Sanction disciplinaire · 103
  Avertissement · 128
Sanctions
  Sanctions pénales · 203
Savatier, Jean · 124
Sinay, Hélène · 83
Standard juridique · 237, 243

T

Thévenot, Laurent · 359
Transaction · 146

U

Usage
  Dénonciation · 107

V

Valeurs · 354
  Christianisme social · 366
  Cité civique · 361, 378
  Cité de l'opinion · 361
  Cité de l'opinion · 373
  Cité domestique · 361, 371
  Cité industrielle · 362, 376
  Cité inspirée · 361, 367
  Cité marchande · 361, 369
Vices du consentement · 31
  Dol · 31

Erreur · 31
Violence · 32

W

Waquet, Philippe · 139, 311

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1
I. Terminologie 1
II. Définition de la justification 2
A. Définition lexicale 2
1. La justification comme disculpation 2
a) Théologie 2
b) Sens du droit pénal 3
2. La justification comme opération de preuve 4
3. La justification comme argumentation 7
a) La justification dans l'épistémologie 7
b) La justification dans la logique 8
B. Définition stipulative 9
1. Argumentation en faveur de la légitimité d'un choix 9
2. Distinction de la justification des notions juridiques voisines .. 10
a) Justification et motivation 10
b) Justification et preuve 12
III. Les transformations de la régulation juridique induites par l'essor de l'exigence de justification 13

PREMIÈRE PARTIE

L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION 17

Titre 1

La nouveauté de l'exigence de justification 19
Chapitre1 21
L'absence de contrôle des raisons d'agir dans les conceptions classiques du droit privé 21
Section 1. Les causes de l'exclusion du contrôle des raisons d'agir 22
§1. Règles permissives 23
§2. Règles prohibitives 24
A. Les mobiles dans le droit pénal 25
1. L'élément intentionnel du délit 25
2. Les faits justificatifs 26
B. La faute dans la responsabilité délictuelle 28

§3. Règles d'habilitation 30
A Les mobiles dans la formation actes juridiques 30
1. Vices du consentement 31
2. Objet et cause 32
B. Les mobiles dans l'exécution des conventions 35
1. L'exécution des obligations 35
a)La bonne foi 35
b) La rupture unilatérale du contrat 36
2. La responsabilité contractuelle 38
Section 2. La timidité du « *contrôle* » des droits 41
§1. Le contrôle des mobiles illicites 41
A. La fraude à la loi 42
1. Éléments objectifs 42
a)L'élision d'une règle obligatoire 42
b) L'utilisation d'un moyen juridiquement efficace 43
2. Le contrôle de l'intention de contourner des dispositions impératives 43
B. La cause illicite 44
1. La licéité de la cause des conventions 44
2. Les discriminations 46
§2. Le contrôle des pouvoirs 47
A. La théorie de l'abus de droit 47
1. Les critères jurisprudentiels de l'abus de droit 48
a)Les motifs abusifs 49
b) Les mobiles légitimes 50
2. Interprétations doctrinales 52
3. Les limites du contrôle de l'abus des droits 55
a)Objet du contrôle 55
b) Régime juridique de l'abus de droit 56
B. Le détournement de pouvoir 57
1. Le mécanisme de contrôle du détournement de pouvoir 58
a)Le contrôle du pouvoir des assemblées d'actionnaires 58
α) L'abus de majorité 58
β) L'abus de minorité 59
b) Le contrôle du détournement de pouvoir de l'employeur 60
2. Les limites du contrôle du détournement de pouvoir 61
Chapitre 2
Le développement de l'exigence de justification 67
Section 1. Les origines textuelles du contrôle des justifications 67
§1. Le contrôle des justifications dans le droit international du travail 68
A. Les normes de l'Organisation internationale du traVail 68
B. L'apport des normes de l'OIT aux droits nationaux 69
1. Effets sur les ordres juridiques nationaux 69
2. Une finalité originale : la protection des droits de la personne du salarié 71
§2. La loi du 13 juillet 1973 73

A. Un projet politique peu ambitieux 73
1. Faiblesses du projet..... 73
2. Analyses doctrinales 74
B. Importance de la portée de la réforme..... 77
1. L'exigence de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse du licenciement 77
2. L'introduction d'une procédure préalable au licenciement..... 79
3. Contrôle judiciaire des motifs du licenciement..... 80
§3. Le développement de l'impératif de justification postérieurement à la loi du 13 juillet 1973 81
A. Exigence de justification à l'égard des salariés - individus..... 81
1. Le développement de la réglementation des licenciements 81
a)Licenciement pour motif personnel 82
α) Règles de procédure 82
β) Preuve de la cause réelle et sérieuse 83
b) Exigence de justification des licenciements pour motif économique..... 84
2. Construction d'un droit disciplinaire 86
3. La dynamique de l'égalité professionnelle 88
B. Exigence de justification devant les institutions représentatives du personnel..... 93
1. La justification dans le droit de la négociation collective..... 94
2. Le développement de la consultation du comité d'entreprise ... 95
Section 2. Champ d'application de l'exigence de justification..... 99
§1. Étendue de l'impératif de justification dans le droit positif..... 99
A. Production d'actes juridiques..... 99
1. Production de décisions 99
a)Justification du licenciement 100
b) Justification des mesures disciplinaires 101
2. Production de règles..... 103
a)Justification des règles unilatérales..... 103
b) Règles négociées 109
B. L'exigence de justification des actes matériels des chefs d'entreprise 109
1. La consultation du comité d'entreprise sur l'exercice du pouvoir de direction 110
a)Conditions d'emploi 110
b) Conditions de travail..... 111
c) Choix stratégiques 111
2. La justification des traitements inégaux..... 112
a)Le territoire des discriminations sexuelles..... 113
b) Les nouveaux horizons du droit de l'égalité..... 116
α) L'extension des chefs de discrimination prohibés..... 116
β) Développement d'un principe général d'égalité 118
§2. Le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'employeur 122
A. Reconnaissance de la liberté de gestion du chef d'entreprise. ... 123

1. Liberté des actes de nature purement patrimoniale 123
2. Liberté des actes ponctuels de gestion du personnel 126
a)Seuls les choix importants sont soumis à la consultation du comité d'entreprise 126
b) Un contrôle réduit des sanctions de faible importance 128
c) Pouvoir d'individualisation des mesures de gestion du personnel 129
3. Principe du libre choix des collaborateurs 129
a)Caractère discrétionnaire de l'embauchage 130
α) Principe du libre choix des collaborateurs 130
β) Les tempéraments au caractère discrétionnaire du libre choix des collaborateurs 131
b) Jugement d'aptitude 134
B. Bénéfice d'une habilitation 136
1. L'exécution du contrat de travail 136
a)Domaine de l'exécution contractuelle 136
α) La distinction initiale entre les modifications substantielles et les modifications accessoires 136
β) Le critère de distinction dans le droit positif actuel 138
b) La modification des conditions de travail : un pouvoir faiblement contrôlé 141
2. Les conventions sur l'exclusion des justifications 143
a)L'essai 143
b) La transaction 146
c) Résiliation conventionnelle 149
d) L'insuffisance de résultats 154

Titre 2

Le régime juridique de l'exigence de justification 159
Chapitre 1
Le modèle de conduite imposé à l'employeur 161
Section 1. Les règles de la procédure non contentieuse. 162
§1. Organisation d'un débat sur les raisons d'agir du chef d'entreprise 165
A. Détermination des parties 165
1. Partie patronale 165
a)Relations collectives 166
b) Mesures individuelles 168
2. Partie salariée 169
a) Actes de portée collective 169
b) Décisions individuelles 171
B. Caractère préalable du débat 172
1. Les décisions individuelles ne sont qu'envisagées 172
2. La consultation doit précéder la décision 173
3. Le temps de la procédure 175

C. Règles du débat argumenté 177
1. Information préalable 177
2. Règles du dialogue 178
a)Règles du débat collectif 178
b) Le débat dans l'entretien préalable 179
§2. La fixation des mobiles du chef d'entreprise 180
A. Protection du droit à la preuve du salarié 180
B. La motivation des actes juridiques 181
1. Domaine de la motivation 182
2. Règles de la motivation 184
a)Formulation expresse des motifs dans la décision 184
b) Pertinence des motifs 185
Section 2. Les règles de la procédure contentieuse 188
§1. Aménagement de la charge de la preuve 188
A. Allégement de la charge de l'administration de la preuve pour le salarié 189
1. Droit du licenciement 190
2. Droit disciplinaire 192
B. Déplacement de l'objet de la preuve 192
1. L'établissement d'une discrimination prima facie en faveur du salarié 193
2. L'obligation de justifier de l'employeur 197
§2. Le risque de la preuve 197
A. Droit du licenciement et droit disciplinaire 198
B. Le risque de preuve dans le droit de l'égalité de traitement 198
Chapitre 2 201
La sanction de la violation de l'exigence de justification 201
Section 1. De lege lata, une grande diversité de sanctions 202
§1. Pénalités 203
A. Sanctions pénales 203
B. Sanctions indemnitaires civiles 204
1. Indemnités plafonnées 205
2. Fixation d'un plancher 207
3. Indemnités attribuées en fonction du préjudice subi 208
a)Droit du licenciement 209
b) Droit disciplinaire 212
c) Égalité professionnelle 212
§2. Privation des effets de l'acte 214
A. La nullité, sanction de la méconnaissance des règles du droit disciplinaire 214
B. La substitution de normes, sanction de la violation des règles sur l'égalité 215
1. Une exigence du droit communautaire 215
2. Application dans le droit français 216
C. La question de la nullité du licenciement 217
1. Le refus initial de la nullité du licenciement injustifié 217

2. Le développement de la nullité du licenciement 219
a) La nullité du licenciement fondé sur des mobiles illicites .. 219
b) Les licenciements attentatoires aux droits et libertés fondamentales 220
c) Plan de sauvegarde de l'emploi et nullité du licenciement . 221
Section 2. De lege ferenda : le développement de sanctions spécifiques à l'impératif de justification 223
§1. La déchéance du droit de se prévaloir des motifs irrégulièrement allégués, droit commun des irrégularités de procédure 223
§2. Le rétablissement de la légalité 226
§3. Un rôle spécifique pour le juge des référés 228

SECONDE PARTIE

LE CONTRÔLE DES JUSTIFICATIONS 233

Titre 1

Les règles de jugement et la justification 235
Chapitre 1
Le contrôle des justifications et la technique du standard juridique 237
Section 1. La notion de standard juridique 238
§1. La norme comme modèle de conduite 238
A. Les différentes conceptions de la norme 238
1. La norme comme devoir-être 238
2. La norme comme modèle 239
a)L'analyse de Paul Amselek 239
b) La règle comme modèle et la question de l'application du droit 240
B. L'impératif de justification comme modèle de conduite 242
§2. Le standard juridique 243
A. Historique 243
B. Proposition d'un cadre d'analyse du standard juridique 245
1. Critique de la définition de M. Rials 245
2. Analyse proposée 248
Section 2. Une analyse argumentative des standards de justification 249
§1. L'absence d'un modèle de conduite prédéterminée 249
A. Pluralité et décisions individuelles 250
1. Le standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement 250
a)Les besoins organisationnels de l'entreprise 250
α) Les licenciements pour motif économique 250
β) Autres causes réelles et sérieuses de nature économique 254
b) Registre tiré de la conduite du salarié 255
α) La faute 255
β) Conduites non fautives 257

c) Registre de l'aptitude du salarié 258
α) Inaptitude médicale 258
β) Compétence professionnelle 259
2. Le standard de l'acte justifié et proportionné 260
a)Sanctions disciplinaires 261
b) Atteinte aux droits et libertés des personnes 262
B. Pluralité et règles et décisions collectives 262
C. Pluralité et égalité 263
§2. Détermination d'un champ d'argumentation 265
A. Les standards du raisonnable 265
1. La cause réelle et sérieuse de licenciement 266
2. Le standard de proportionnalité 269
3. Standards du simple raisonnable 274
B. … complétés par des définitions plus précises 276
1. Définition de la cause économique de licenciement 276
a)Une directive générale : le licenciement doit être non inhérent à la personne du salarié 278
b) Une décision relative à l'emploi dans l'entreprise 279
c) La raison économique 280
α) La trilogie des raisons économiques 280
β) Autres raisons économiques 282
d) Reclassement et adaptation 284
2. La gradation des fautes 285
Chapitre 2
L'office du juge dans le contrôle des justifications 289
Section 1. La rénovation de l'office du juge 290
§1. Le rôle actif du juge dans la direction de l'instance 291
A. Le juge et le litige 292
1. Principes directeurs du procès civil 292
2. Le rôle des parties et du juge dans les litiges relatifs à la justification 293
B. Le juge et la preuve 296
§2. Le contrôle de la délibération 298
A. Exigence d'une argumentation circonstanciée 298
B. Cohérence de l'argumentation 301
C. Ordre de la délibération 302
Section 2. L'étendue du contrôle judiciaire 303
§1. Le contrôle de la Cour de cassation des décisions des juridictions du fond 303
A. Le contrôle de la qualification juridique des faits 303
1. Le principe du contrôle des qualifications 304
2. Le contrôle de la qualification et la technique du standard juridique 304
B. Le contrôle de la qualification des actes soumis à l'exigence de justification 306
1. Le contrôle de la cause catégorique 306

a)Contrôle de la cause catégorique du licenciement 306
b) La cause catégorique hors du droit du licenciement 308
2. La définition de principes régissant le contrôle des motifs 309
a)Le licenciement doit reposer sur des éléments objectifs 309
b) Les licenciements liés à la conduite du salarié doivent lui être imputables 310
c) Le licenciement pour motif économique doit être précédé du respect de l'obligation de reclassement et d'adaptation 310
3. Les incertitudes du contrôle du caractère légitime des motifs 310
a)La Cour de cassation ne contrôle en principe pas le caractère sérieux du licenciement 311
b) Un contrôle du caractère sérieux de la réorganisation 312
§2. L'intensité du contrôle judiciaire du pouvoir patronal 313
A. Le contrôle de la qualification donnée aux faits 313
B. Un contrôle approfondi des justifications 314
1. Refus du contrôle de l'opportunité des actes 314
2. Le critère du choix raisonnable dans un éventail de possibilités envisageables 315

Titre 2

Eléments d'une analyse rhétorique des justifications 323
Chapitre 1 325
Les règles du raisonnement pratique 325
Section 1. Une méthode d'analyse empruntée à la Nouvelle rhétorique. 326
§1. L'ancienne rhétorique 326
A. La rhétorique dans l'Antiquité 326
B. Déclin de la rhétorique 327
§2. La Nouvelle rhétorique 329
Section 2. Les techniques de l'argumentation 331
§1. Les règles de la narration 331
A. La narration 331
1. La cohérence narrative 332
a) Non-contradiction 332
b) Non-contrariété 334
2. La référence aux faits 336
a)L'existence des faits 336
b) Qualification des faits 338
B. Rôle de la contradiction 340
§2. Les outils de la conviction 341
A. Arguments d'ordre ontologique 342
1. Figure de l'identité 343
2. La règle de justice 344
3. Figures de la dissociation 345
B. Arguments d'ordre empirique 346
1. Causalité 346

2. Finalité 349
Chapitre 2
Recherche sur les valeurs justificatives 353
Section 1. Les valeurs, objet de connaissance ? 354
§1. Les obstacles théoriques à la connaissance des valeurs 354
A. Le refus de toute évaluation du droit par des valeurs extérieures 355
B. Le droit comme unique système de valeurs 355
§2. Pour un cognitvisme modéré 357
Section 2 Un modèle de typologie des valeurs : les Economies de la grandeur 359
§1. Un modèle du pluralisme éthique 359
A. Une démarche pragmatique 359
B. Les six cités 360
1. La cité inspirée 361
2. La cité domestique 361
3. La cité de l'opinion 361
4. La cité civique 361
5. La cité marchande 361
6. La cité industrielle 362
§2. Les valeurs en vigueur dans le contrôle des justifications 362
A. La transposition du modèle dans le droit du travail 362
1. La question de la pertinence du modèle des Economies de la grandeur dans le champ juridique 362
2. L'adaptation du modèle 364
B. La place des différentes valeurs dans les argumentations 367
1. La place marginale des valeurs inspirées 367
2. La place résiduelle des valeurs marchandes 369
3. Le déclin de la cité domestique 371
4. La place incertaine du monde de l'opinion 373
5. L'importance des valeurs de la cité industrielle 376
6. La prééminence des valeurs civiques 378
a)Le respect des volontés collectives 379
b) La promotion de l'égalité des chances 379
c) Le développement de l'emploi 380
BIBLIOGRAPHE 391
INDEX ALPHABETIQUE 417