

Pouvoir et juge

Jean-Michel Lattes

Maître de conférences à l'Université des sciences sociales de Toulouse
Chercheur au LIRHE (CNRS UMR 5066)

Le « pouvoir des juges » constitue un des débats récurrents de notre société. Les juges et les hommes politiques, les juges et les grands patrons, les juges et les simples citoyens, les juges et les entreprises... le droit du travail ne pouvait échapper à la confrontation des pouvoirs de l'employeur avec ceux du juge.

La réalité du processus de judiciarisation des pouvoirs du chef d'entreprise est aujourd'hui incontestable. Il s'inscrit fort logiquement dans un mouvement plus vaste de renforcement des pouvoirs de magistrats confrontés à des textes souvent imprécis ou incomplets.

L'employeur se trouve alors soumis à l'application de règles substantielles, en permanence renouvelées ou élargies, subordonnant la validité ou la licéité de ses actes à des conditions de fond, certains de ses choix étant inscrits dans des procédures contraignantes permettant d'en assurer le contrôle¹.

Il est, à cet égard, très significatif de constater que lors d'un colloque organisé, il y a tout juste 20 ans, sur « le pouvoir patronal² », le thème du juge n'avait pas été traité de manière spécifique... les intervenants se limitant à regretter son impuissance face à la toute puissance patronale. Nul doute que la question de la mesure du pouvoir des juges est aujourd'hui pleinement posée par des employeurs qui considèrent que leur liberté de gérer et leur autonomie de direction est désormais directement en cause.

Le juge... quel juge ?

L'éclatement du contentieux social nous amène ici à faire des choix. Le juge commercial, le juge administratif, les juges civils, le juge de la sécurité sociale voire

1. A. Jammaud, « Droit et direction du personnel », *Dr. soc.* 1982.56.

2. « Le pouvoir patronal », *Dr. soc.*, n° 1-1982, numéro spécial sous la direction de J.-J. Dupeyroux.

même, bien sûr, le juge répressif... participent très largement à la régulation des relations sociales. C'est cependant autour de l'intervention du juge social que nous organiserons notre analyse.

Une intervention légitime ?

La question des facteurs d'intervention de ce juge dans l'entreprise se pose alors. De grands auteurs se sont penchés sur la nature juridique de la jurisprudence et sur sa valeur comme source de droit³. La saisine du juge est indispensable dans la mesure où il ne peut traiter que des litiges qui seront portés devant lui. Il lui revient alors de définir la règle qui sera applicable aux litiges en cause⁴.

La nature même du droit du travail participe à complexifier son intervention. Né dans une perspective civiliste et organisé autour du droit des obligations, ce droit intègre, peu à peu, la nécessité de protéger le salarié en faisant référence au droit des personnes.

Le professeur Hebraud disait que « le juge est la parole vivante du droit⁵ ». Loin d'être un acteur passif, il dispose d'un véritable pouvoir de maîtrise de l'application des lois et leur donne ainsi un sens en les interprétant, en les modelant voire en les complétant.

Il lui revient de prendre en compte la complexité du statut du salarié à la fois objet et sujet du contrat de travail. Il peut ainsi soit le considérer comme un contractant ordinaire sur le terrain du droit des obligations soit considérer qu'il constitue l'objet même de la relation de travail en se plaçant sur le terrain du droit des personnes⁶. Il peut aussi tenter de combiner deux logiques *a priori* contraires pour aboutir à une sorte de point d'équilibre⁷.

Ces choix sont aujourd'hui d'autant plus fréquents que se développent de véritables stratégies judiciaires destinées à tenter d'orienter l'évolution du droit du travail vers des logiques plus favorables aux salariés. La jurisprudence devient alors un terrain de lutte sociale, le juge étant l'arbitre de ce combat sur la base de deux exigences qu'il se doit de respecter : la sauvegarde de l'autorité de l'employeur et la protection des droits des salariés.

Le juge social est aujourd'hui mis en cause. Si dans le célèbre arrêt *Brinon* de 1956⁸ la jurisprudence se voulait « gardienne vigilante » des prérogatives que le droit de propriété accorde aux dirigeants d'entreprise, la théorie de « l'employeur seul juge » ne semble plus d'actualité.

3. O. Dupeyroux, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mélanges Marty*, Presses de l'Université Toulouse 1, 1978.463.

4. J. Normand, « Le juge et le fondement du litige », *Mélanges Hebraud*, Presses de l'Université Toulouse 1, 1981.595.

5. P. Hebraud, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Couzinet*, Presses de l'Université Toulouse 1, 1974.329.

6. A. Supiot, « Le juge et le droit du travail », *Dr. soc.* 1980, sp. 59.

7. J.-C. Javillier, « Une illustration du conflit des logiques : « le contrôle médical » patronal des absences en cas de maladie du salarié », *Dr. soc.* 1976.265.

8. Cass. soc. du 31/05/1956, GADT-SIREY 1980, n° 79, p. 201. *JCP* 1956.II.9397, note Esmein, *D.* 1958.21, note Levasseur.

Si l'employeur demeure le responsable de la gestion de l'entreprise, des fautes peuvent lui être reprochées, en particulier lorsque celles-ci débouchent sur des suppressions d'emplois⁹.

De fait, à ce stade de notre étude, deux questions nous sont posées :

- cette évolution de la jurisprudence est-elle justifiée par des mutations légales ? (I);
- les juges portent-ils atteinte à la liberté de gestion des employeurs ? (II).

I. L'ÉVOLUTION DE LA PERCEPTION JUDICIAIRE DU POUVOIR DE L'EMPLOYEUR

Figé sur le socle de principes civilistes inadaptés aux relations de travail¹⁰, le juge s'autocensure en faisant prévaloir la nécessaire protection de l'autorité du chef d'entreprise en invoquant, dans un premier temps, le droit de propriété puis en appliquant les règles classiques du droit des contrats¹¹ (A).

L'émergence de nouvelles règles juridiques et la prise en compte, par le juge, de nouvelles contraintes sociales vont générer des évolutions significatives (B).

A. LE JUGE, PROTECTEUR PASSIF D'UNE CONCEPTION PATRIMONIALE ET CONTRACTUELLE DE L'ENTREPRISE

• Le droit des obligations constitue la source « originelle » du droit du travail. La relation individuelle de travail est considérée comme une relation contractuelle ordinaire organisant l'échange de deux prestations : le travail et le salaire, le Code civil de 1804 réduisant à 2 articles ce qui est assimilé à un simple contrat de louage de service¹².

La loi du 22 germinal an XI sur les manufactures avait, auparavant, soumis la classe ouvrière, considérée comme « classe dangereuse », à une très stricte réglementation de police¹³. Le droit apparaît alors comme l'organisateur actif de la soumission du salarié à l'employeur. Dans un tel contexte, le problème de la confrontation du pouvoir de l'employeur avec le nécessaire respect des libertés des salariés ne se

9. Cass. soc. du 26/01/1994, *Casino de Beauvieu sur Mer*, Bull. n° 26 ou JCP E 1994.II.639.

10. J.-M. Lattes, « Le travail : objet de propriété ? », in *Propriété et révolution*, CNRS 1990-221. M.-E. Chatain, « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code civil », *RTD civ* 1904-388. J. Carbonnier, *Les biens*, PUF, 1980.13.

11. J.-C. Javillier, *Études Camerlynck*, *op. cit.*

12. Art. 1780 du Code civil interdisant « l'engagement à vie » et l'art. 1781 réglant, au bénéfice du maître, la question de « la preuve en matière de gage » (abrogé en 1868).

13. L. Chevalier, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la 1^{re} moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, 1958.

pose pas. La théorie « classique » de l'entreprise basée sur des concepts purement civilistes permet de justifier l'ampleur du pouvoir patronal s'exerçant, de la même façon, sur les biens et sur les personnes¹⁴.

L'article 544 du Code civil précise que les meubles et immeubles de l'entreprise appartiennent à l'employeur qui peut « en jouir de la manière la plus absolue » alors que l'article 1134 ajoute que, « pour faire fonctionner ses machines, l'employeur recrute des salariés qui — en s'engageant — se soumettent à son autorité ». Le juge en déduit que l'employeur — chef d'entreprise — peut exercer sur ce qui constitue un bien privé tous les droits dévolus à un propriétaire comme sur n'importe quel autre bien — meuble ou immeuble — faisant partie de son patrimoine.

• Au-delà de cette référence originare au droit de propriété, le droit des contrats participe à conforter le pouvoir de l'employeur. Le contrat de travail apparaît comme un contrat synallagmatique comportant des obligations incombant à l'un et à l'autre des deux partenaires sociaux. L'employeur et le salarié déterminent librement le contenu du contrat et ils pourront décider unilatéralement de le rompre à tout moment.

La jurisprudence privilégie l'autonomie contractuelle des volontés et justifie l'absence de contrôle externe par le simple respect du droit commun des obligations¹⁵.

Le cumul des règles relatives au droit de propriété avec celles organisant les conséquences juridiques de l'engagement contractuel du salarié caractérise la mise en place d'un véritable rapport d'autorité conférant à l'employeur un pouvoir quasi-décrétionnaire sur « les outils et les hommes » dans un contexte de liberté juridique pouvant être qualifié de « sauvage¹⁶ ».

L'employeur est, dans cette acception, le législateur de son entreprise. Il y édicte librement les règles de fonctionnement : horaires de travail, rémunérations, modalités d'exercice du travail¹⁷... Tous les domaines liés à la vie de l'entreprise sont placés sous sa seule autorité. La jurisprudence respecte fidèlement cette situation, l'employeur étant considéré comme « le seul juge » du non-respect de ses prescriptions. Les sanctions qu'il organise autour de ce pouvoir permettent d'en traduire l'effectivité, l'amende et le licenciement en constituant les principaux vecteurs¹⁸.

La Cour de cassation bride toute évolution de cette logique civiliste en refusant, aux juridictions de premier et de second degré, le droit de contrôler les manifestations de discipline internes à l'entreprise au nom de la primauté de l'article 1780 du Code civil¹⁹. L'employeur dispose d'un pouvoir absolu au point que Jacques Le Goff le présente comme « maître et possesseur du destin de ses ouvriers²⁰. »

• Dans un tel contexte, la naissance du social apparaît comme une tentative de régulation du pouvoir patronal.

14. M.-F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ 1996.

15. On demeure ici sur les classifications fondamentales reprises par les grands auteurs civilistes, v. Ph. Malaurie, *Introduction générale au droit civil*, Cujas, 1991.

16. J. Savatier, « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », *Mélanges R. Savatier*, D. 1965.863.

17. L'étude des règlements des manufactures est, à cet égard, particulièrement significatif. Le salarié s'y voit imposer des devoirs, des injonctions, des interdictions... sans la moindre référence à ses droits; v. J.-P. Gaudemar, *L'ordre et la production. Naissances et formes de la discipline d'usine*, Dunod, 1982.

18. L'arrêt dit « des sabots » du 16/02/1866 illustre cette orientation.

19. « Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes ».

20. J. Le Goff, *Du silence à la parole*, Calligrammes la Digitale, 1985.38.

Cette évolution, tant au niveau des textes qu'au niveau du droit, va cependant s'étaler dans le temps, le président Despax soulignant la lenteur du mouvement : « le 89 social a été dilué sur plus d'un siècle²¹. »

Le droit de licencier illustre les réticences des juges face à ces mutations. Dans le contexte civiliste de l'application de l'article 1780, l'employeur conserve une liberté totale d'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise. Dès que la production se met à fléchir et que la demande se raréfie, il a la possibilité de débaucher des salariés qu'il considère comme « excédentaires », parfois avec un court préavis et, le plus souvent, sans la moindre indemnité. La Cour de cassation se montre très « déférente » à l'égard de la souveraineté patronale. Elle ne conteste pas l'autorité de l'employeur et considère qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux de porter une appréciation sur les motifs même du licenciement²².

De nouveaux textes permettent cependant d'ébranler ces logiques. La loi du 27 décembre 1890 bouleverse la perception traditionnelle du louage de service en affirmant que, désormais, « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des deux partenaires peut donner lieu à des dommages intérêts²³ ». Pourtant, alors que ce texte donne au juge la possibilité de sanctionner un employeur qui rompt abusivement un contrat de travail, les juridictions restent sur la logique de la protection du droit de libre rupture. La loi du 19 juillet 1928 s'inscrit dans cette perspective d'abandon progressif des logiques civilistes en rattachant le salarié à l'entreprise et non plus à son employeur²⁴. Le célèbre arrêt *Goupy*, et sa lecture extensive, traduit la volonté des juges de s'émanciper des chemins traditionnels initiés par les fondements civilistes de la matière²⁵. Les parties au contrat ne peuvent plus invoquer les conséquences de l'application de l'article 1134 du Code civil, la « permanence de l'entreprise » dominant la volonté des parties au contrat.

La doctrine juridique participe à cette évolution. Les travaux de Paul Durand²⁶ et ceux, bien sûr, de Michel Despax²⁷ reprennent les réflexions de Léon Duguit en opposant « la théorie institutionnelle » de l'entreprise à la logique contractuelle civiliste²⁸. Dans un contexte juridique figé, les juges ne prennent pas à leur compte cette recherche doctrinale²⁹.

21. M. Despax, « Droit du travail et transformations sociales », *Mélanges Cabrillac*, Lib. techniques, 1968.143.

22. G.-H. Camerlynck, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCPG* 1958, I, 1425. J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes » *Dr. soc.* 1982.2. G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD* 1974.234.

23. F. Naude, « Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement », *Dr. soc.* 1973.137. H. Sinay, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972.241.

24. Art. L. 122-12, al. 2.

25. Cass. civ. du 27/02/1934, *Goupy*, GADT n° 104, p. 284, *Gaz. Pal.* 1934.2.40., S. 1934.1-179.

26. P. Durand, « Rapport sur la notion de l'entreprise », *Travaux de l'Ass. H. Capitant*, t. 3, 1947.45 et « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail » *JCP* 1944, I, 387.

27. M. Despax, « L'entreprise en droit du travail », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, tome XIII, fasc. 2, 1965.127.

28. P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945.298.

29. L'arrêt *Brinon*, *op. cit.*, illustre de manière on ne peut plus significative l'attitude « réservée » des juges en la matière.

Loin d'admettre que le contrat de travail ne peut être assimilé à un contrat ordinaire et que la réunion juridiquement organisée de personnes autour d'activités professionnelles débouche sur la mise en place d'une véritable communauté — au moins réduite aux acquêts — le juge ne sort pas du rôle incertain de censeur d'un abus de droit bien difficile à établir côté salarié. À l'aube des années soixante-dix, la liberté de licencier demeure la « clé de voûte » des pouvoirs reconnus à l'employeur sans véritable contrôle du juge judiciaire³⁰.

La grande réforme du droit du licenciement constitue une étape importante de cette évolution³¹. Malgré d'évidentes difficultés d'ordre probatoire, les lois de 1973 et de 1975 génèrent de nouvelles orientations jurisprudentielles sans que l'on puisse pour autant parler d'équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié licencié³². Le dogme de l'employeur « seul juge » renforcé par la mise en place de nouveaux instruments juridiques (contrats de travail précaires, filialisation des entreprises, transactions...) n'est pas remis en cause de manière définitive. La Cour de cassation tolère en effet des motifs contestables comme « la perte de confiance », la mésentente ou l'insuffisance professionnelle³³... l'employeur demeurant, sauf détournement de pouvoir, le seul à même d'apprécier les mesures les plus appropriées « au redressement de la situation d'une entreprises ». Les juges privilégient ici la théorie de « l'apparence » et donnent une impression d'inachevé à la réforme du droit de licenciement, le « sacrosaint » pouvoir de direction de l'employeur n'étant pas véritablement contrôlé³⁴.

Les textes qui prolongent les lois de 1973 et de 1975 génèrent eux une mutation bien plus significative en révélant véritablement la fonction sociale du juge dans son contrôle de la rupture de la relation de travail³⁵.

B. UN DROIT EN MUTATION : VERS LA RESPONSABILISATION SOCIALE DE L'EMPLOYEUR

Certains situent à la Révolution industrielle la genèse de l'évolution actuelle. Succédant à des structures artisano-rurales³⁶, l'entreprise permet le développement de

30. J. Salvaire, « Du licenciement non motivé, ou... le silence est d'or », *Gaz. Pal.* 1969, I, doc. p. 11. H. Sinay, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, chr. XXXVII, p. 241.

31. J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, SIREY, 1974.

32. Audinet, « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 », *JCP* 1973. G. Thomas, « La réforme du licenciement d'après les 75 premières décisions de jurisprudence » *RPDS*, mars 1975, 69. G. Couturier, « Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ? » *Dr. soc.* 1978, sp. 78. A. Lyon-Caen, « La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ? » *Dr. soc.* 1981-287.

33. Cass. soc. du 19/01/1977, *Amer c/ Adam*, *Bull.* V, n° 37; v. A. Chirez, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 1981, chr. 193. F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992.32.

34. Cass. soc. du 10/11/1976, *Soc. HOM c/ Mlle Abelly*, *JCP-IV*-393.

35. Si les lois du 4 août 1982 et du 30 décembre 1986 renforcent les droits des salariés licenciés, c'est la loi du 2 août 1989 qui, en harmonisant leurs droits, va faire des droits de la défense, du contradictoire et de l'obligation d'information « des principes communs applicables à toutes les procédures », le doute profitant désormais au salarié. La loi du 27 janvier 1993 renforce cette orientation.

36. J. Le Goff, *op. cit.*

nouvelles relations de travail au sein d'un « espace-temps » organisant une sorte de « clôture » tant matérielle que juridique autour des acteurs qui y participent. Il en découle de nouvelles relations de pouvoir que le droit devra prendre en compte. Le droit du travail contemporain constitue une sorte d'aboutissement, au moins dans sa partie « non flexible ». Sans remettre en cause les fondements du pouvoir de direction de l'employeur, le droit social en limite les excès. Paradoxalement, les textes sociaux consacrant les libertés des salariés vont conduire les juges à les définir et, donc, à les limiter. On retrouve ici — comme dans d'autres domaines juridiques — « l'irréductible et terrible ambivalence de toute norme³⁷ », la norme sociale se devant d'être confrontée à d'autres libertés publiques parfois très éloignées de ses fondements. On assiste, malgré ces réserves, à l'émergence de nouvelles formes de rapports sociaux redéfinissant la place du salarié dans l'entreprise et induisant, de fait, une redéfinition des rapports de pouvoir.

Les pouvoirs de l'employeur peuvent être regroupés autour de trois axes dominants : le pouvoir d'organiser l'activité de l'entreprise, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de gestion.

Le pouvoir d'organiser l'entreprise se justifie par le nécessaire respect de règles permettant de garantir et d'assurer le fonctionnement de la collectivité de travail. S'il apparaît légitime, voire même indispensable, que l'entreprise — ordre juridique secondaire — fasse l'objet d'une réglementation, il faut aussi limiter et encadrer ce pouvoir pour éviter l'arbitraire et le discrétionnaire. La mise en place du règlement intérieur constitue le domaine d'expression naturel du pouvoir réglementaire de l'employeur. La doctrine qui précède la première des 4 lois Auroux³⁸ témoigne des difficultés posées par l'absence d'encadrement législatif de ce type de document, certains auteurs considérant que le règlement intérieur pouvait être comparé à « un héritage du Moyen Âge³⁹ » alors que d'autres — plus mesurés — parlaient « d'anomalie juridique⁴⁰ ».

En organisant un encadrement de son contenu et de sa mise en place, la loi du 4 août 1982 replace le règlement intérieur au cœur du droit du travail. En énonçant dans l'article L. 122-35 du droit du travail que le règlement intérieur « ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche accomplir ni proportionnées au but recherché », le Code du travail ne se limite pas à organiser un contrôle administratif. Au-delà du rôle dévolu à l'inspection du travail, le juge prud'homal développe un contrôle basé sur « la proportionnalité » de la mesure prise en imposant désormais de fortes exigences de justification⁴¹.

Le pouvoir de l'employeur dans l'organisation de son entreprise n'est pas remis en cause par le juge social. Il en organise l'usage et en limite les excès. Ce pouvoir, plus que tout autre, témoigne de la jurisprudence d'équilibre de la Cour de cassation

37. J.-C. Javillier, « La dynamique du droit du travail », *Droit du travail*, LGDJ, 1992.13.

38. J. Péliissier, « Le règlement intérieur et les notes de service », *Dr. soc.* 1982.75.

39. M. Cohen, « Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1980.165.

40. G. Lyon-Caen, « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D.* 1969, chr. 247.

41. La Cour de cassation considère, en la matière, que « le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé » et que le juge judiciaire peut donc connaître d'une action principale en nullité d'une ou plusieurs clauses du règlement intérieur, v. Cass. soc. du 16/12/1992, *D.* 1993.334, note X. Pretot. *Dr. soc.* 1993.267, note A. Jeammaud.

recherchant une conciliation difficile entre la liberté d'entreprendre et le respect des droits des personnes⁴².

Le **pouvoir disciplinaire** de l'employeur s'inscrit dans une évolution similaire; la loi du 4 août 1982 organisant sa transformation en un véritable « droit disciplinaire⁴³ ».

La sanction est désormais définie d'une manière suffisamment large pour éviter que l'employeur n'intervienne « à la marge » et évite une procédure destinée à préserver les droits de la défense du salarié⁴⁴. Cette évolution permet, de fait, un contrôle plus poussé de la sanction par le juge social⁴⁵ même si toutes les ambiguïtés ne sont pas levées⁴⁶.

L'exercice du **pouvoir de gestion** de l'employeur se révèle le plus délicat à analyser. Celui-ci détermine dans l'entreprise qu'il dirige les options de gestion fondamentales tout en assumant la responsabilité économique et financière des choix qu'il initie. La mutation est ici significative et, de fait, controversée.

L'idée que l'employeur est « le seul juge » de ses choix est aujourd'hui bridée par la mise en cause de sa responsabilité lorsqu'il commet des fautes considérées par les juridictions sociales comme significatives. Alors que le juge se limitait, dans un premier temps, à se retrancher derrière des éléments généralistes au nom de « la bonne marche de l'entreprise⁴⁷ », la chambre sociale s'inscrit désormais dans une démarche qui témoigne, de manière très significative, des mutations connues par le droit du travail. Si le juge ne s'intéressait, à l'origine, qu'au contrôle de la légalité de la mesure prise en s'interdisant d'analyser l'opportunité des choix de l'employeur⁴⁸, la Cour se penche aujourd'hui non sur ces derniers mais sur leur justification. De fait, l'analyse de la jurisprudence récente démontre, à l'évidence, que le juge ne conteste pas les décisions prises par l'employeur mais analyse leurs motivations ou leurs fondements⁴⁹.

Les contrôles du juge ne portent pas ici sur les choix gestionnaires de l'employeur, ils portent sur son silence ou, au moins, sur son défaut d'explication. Ils traduisent la progression de l'intervention du pouvoir judiciaire dans la régulation des rapports de travail⁵⁰.

42. Cass. soc. du 10/06/1982, *Sté ed. Quo Vadis*, *Bull. V*, n° 392.

43. C. Rade, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », *Dr. soc.* 1993.3.

44. Art. L. 122.4 du Code du travail. On prend désormais en compte non seulement « l'atteinte à la présence du salarié dans l'entreprise » mais aussi tout ce qui peut porter sur « sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

45. J. Deprez, « L'évolution de la jurisprudence en matière disciplinaire », *AJS* 1994.351.

46. A. Mazeaud, « Ambiguïtés du droit disciplinaire », *Études J. Savatier* 1992.367.

47. La Cour parle alors du « droit pour l'employeur d'organiser les services de l'entreprise » (Cass. soc. du 26/06/1974, *Bull. civ. V*, n° 386), de son « droit d'être » juge des mesures à prendre pour remédier à la baisse du chiffre d'affaire d'une succursale (Cass. soc. 22/06/1978, *Bull. civ. V*, n° 5.8), de sa liberté de choix « dans la bonne marche de l'entreprise » (Cass. soc. du 22/01/1975, *Bull. V*, n° 25) ou pour prendre « les mesures les mieux appropriées pour redresser la situation de l'entreprise » (Cass. soc. du 4/01/1980, *Bull. V* n° 6).

48. J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982.1. P. Langlois, « Le pouvoir d'organisation et les contrats de travail », *Dr. soc.* 1982.83.

49. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5/04/1995, *Société Thomson*, est ici particulièrement significatif. Le juge se refuse de considérer, *a priori*, qu'un « motif d'économies » est un « motif économique » pour une entreprise florissante.

50. J.-E. Ray, « L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail », *Mélanges Percerou*, Vuibert, 1994.165.

II. LE JUGE SOCIAL, CONTRE-POUVOIR OU RÉGULATEUR ?

A. L'EXEMPLE DE L'ÉVOLUTION JUDICIAIRE DU CONTRÔLE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Nul doute que le licenciement constitue la clef de voûte des pouvoirs du chef d'entreprise. La montée obsédante du chômage dans nos sociétés donne à cette prérogative une dimension dramatique qui ne serait pas perçue de la même façon dans un contexte de plein emploi. En outre, si le licenciement individuel pour motif personnel permet au juge d'analyser précisément les choix effectués par l'employeur, le licenciement pour motif économique apparaît beaucoup plus complexe à appréhender du fait de ses liens étroits avec le pouvoir de gestion inhérent à la fonction de direction. Si le contrôle du juge sur ce type de ruptures se révèle limité jusqu'à la fin des années soixante⁵¹, les mutations législatives qui suivent ne vont cesser de lui permettre de renforcer son intervention.

Il est possible, à ce stade de notre étude, de tenter de mesurer le sens de cette évolution située au cœur des rapports de pouvoir qui opposent les employeurs aux juges⁵². Le juge judiciaire étant le seul à même de contrôler un acte élaboré par une personne privée, dans le cadre d'une procédure de droit privé et pour le compte de personnes privées⁵³, il bénéficie pleinement des précisions juridiques introduites dans le droit du licenciement par la loi de 1989.

Il dispose désormais de trois éléments de référence permettant de définir les licenciements pour motif économique : ... un motif non « inhérent à la personne du salarié »... impliquant une « suppression d'emploi ». Celle-ci pouvant être liée à une « transformation d'emploi ou à la modification du contrat de travail ». En outre, les nouveaux textes précisent que la cause du licenciement doit être consécutive « notamment » à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques⁵⁴. Si ces précisions peuvent apparaître toutes relatives, elles tranchent de manière significative avec les textes antérieurs dans lesquels la qualification économique paraissait bien incertaine.

De fait, le juge judiciaire, bénéficiant de ces nouveaux apports législatifs, se voit confronté à la difficulté d'avoir à porter un jugement sur « le pouvoir de gestion de l'employeur ». Si cette capacité d'appréciation ne lui est pas officiellement reconnue, le juge ne va pourtant pas se priver d'intervenir sur ce terrain au point que le Profes-

51. Pour une perception du rôle joué par le juge avant les années quatre-vingt, on lira : A. Bancaud et Y. Dezalay, « La justice face aux restructurations économiques, analyses et stratégies », *Dr. soc.* 1980.357. H. Blaise, « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », *Dr. soc.* 1980.365.

52. J.-M. Laties, « L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement », colloque « Décisions et gestion », Presses de l'Université Toulouse 1, 1999.405.

53. Dans l'arrêt *Framatome* rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, le 3/12/1996, le juge judiciaire est déclaré « seul compétent pour se prononcer sur l'obligation pour l'employeur d'établir un plan social pour en apprécier la réalité et la régularité » ; v. *Dr. soc.* 1996.24, *RJS* 1/97, n° 24, concl. Lyon-Caen.

54. J. Pélessier, « La cause économique du licenciement », *RJS* 1992.52. J.-P. Laborde, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 1992.774.

seur Antonmattei a pu considérer que « 1986-1989-1995 » constituaient trois dates essentielles dans le contentieux des licenciements pour motif économique avec : « la suppression de l'autorisation administrative de licencier » (1986), « la définition du licenciement économique » (1989)... et « la mise en évidence du rôle du juge dans le contrôle des licenciements économiques par deux importants arrêts du 5 avril 1995⁵⁵ ».

Les arrêts *TRW Repa* et *Videocolor* amènent, en effet, la Cour à considérer qu'une « réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité », les difficultés économiques devant être appréciées au regard de l'activité du groupe auquel appartient l'entreprise où s'organise la suppression d'emploi⁵⁶.

Le juge judiciaire se révèle, sur ces nouvelles bases juridiques, « omniprésent » dans le contrôle du licenciement économique⁵⁷. Si la « réalité » du motif est rarement contestée⁵⁸, celui-ci se doit d'être précis, la rupture étant considérée, à l'inverse, comme sans cause réelle et sérieuse⁵⁹. Le « sérieux » du motif invoqué fait, lui aussi, l'objet d'un contrôle rigoureux et sans cesse renforcé.

La Cour écarte la qualification économique dans le cas d'un « simple ralentissement des ventes⁶⁰ », d'une « légère baisse d'activité⁶¹ », du « coût élevé d'un salaire néanmoins parfaitement compatible avec la situation financière de l'entreprise⁶²... ». Les juges n'hésitent pas à contrôler jusqu'à l'origine de certaines difficultés économiques pour déclasser le motif avancé⁶³ en tenant compte, en particulier, de l'attitude de l'employeur dissimulant des éléments de preuve pouvant attester de ces difficultés⁶⁴. Enfin la liste — non limitative — des motifs économiques figurants à l'article L. 321-1 du Code du travail permet à la Cour de dégager ses propres appréciations. C'est le cas, par exemple, de la réorganisation de l'entreprise qui ne sera reconnue comme motif économique qu'à la condition qu'elle permette de « sauvegarder la compétitivité⁶⁵ » et non dans le simple but « d'augmenter les bénéfices⁶⁶ ».

Le contrôle de la **procédure de licenciement économique** peut sembler — *a priori* — détaché du contrôle du motif de la rupture.

55. P.H. Antonmattei, « Le motif économique de licenciement », Droit, tome V, *Litec*, 1996.91.

56. Cass. soc. du 5/04/1995, *TRW Repa* et *Videocolor*, *JCP E* n° 709 ou *Dr. soc.* 1995.488. *D.* 1995.503, note M. Keller.

57. J.-E. Ray, *Droit du travail-Droit vivant*, Éd. Liaisons 1997, n° 254, p. 205.

58. Voir, cependant, le cas — resté célèbre — d'un danseur des Folies bergères licencié pour motif économique alors que l'enquête prud'homale avait permis d'établir qu'il avait, en réalité, été écarté en raison de son âge; v. Cass. soc. du 24/04/1996, *Folies bergères/Fredoni*, *Bull. civ.* V n° 181.

59. Cass. soc. du 30/09/1997, *Bull. civ.* V, n° 292, p. 213. Cass. soc. du 27/10/1998, *Bull. civ.* V, n° 457, p. 342. Notons ici que la Cour renforce sans cesse cette obligation et qu'une décision du 27/10/1999, *Martineau*, impose l'obligation d'édicter cette cause économique y compris en cas de mise en place d'une convention de conversion (*FRS*. 26-99, p. 4).

60. Précis Dalloz, *op. cit.*, n° 459, p. 486.

61. Cass. soc. du 12/12/1991, SA SIC, *RJS* 2/92, n° 134.

62. Cass. soc. du 24/04/1990.

63. C'est le cas lorsque la Cour considère que l'employeur a organisé sa propre insolvabilité (Cass. soc. du 9/10/1991, *ADT c/ Schuller*, *Dr. soc.* 1991.791) ou lorsqu'il organise artificiellement des difficultés financières (Cass. soc. du 12/01/1994, *RJS* 1994, n° 134 p. 110).

64. Cass. soc. du 17/06/1992, *Poirier*, *Dr. soc.* 1992.709.

65. Cass. soc. du 30/09/1997, *Soc. Unise de Rosières*, *Dr. soc.* 1997.1098.

66. Cass. soc. du 26/11/1996, *Soc. MHL P*, *RJS* 3/97 n° 266.

On constate pourtant que les exigences du juge sur ce terrain lui permettent d'encadrer fortement le pouvoir de l'employeur et, de fait, de réduire de manière significative la liberté de ce dernier dans sa décision de rompre un contrat de travail.

Si, dans un premier temps, le juge conserve une certaine retenue à l'égard des licenciements pour motif économique et des plans sociaux⁶⁷, la loi du 27 janvier 1993 lui permet de développer deux obligations essentielles : **l'obligation de reclassement et le devoir d'adaptation**. L'arrêt *Expovit* est à l'origine de ces nouvelles exigences, le juge affirmant que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois⁶⁸ ». Au-delà du contrôle, déjà envisagé, du motif du licenciement, c'est ici un véritable contrôle de **l'attitude de l'employeur** face à des difficultés économiques que développe le juge, la rupture de la relation de travail apparaissant comme l'ultime solution applicable⁶⁹. C'est la qualification même de licenciement qui est en cause, le juge contrôlant désormais — de fait — le pouvoir de l'employeur dans ses choix de gestion⁷⁰.

On constate, en outre, que le juge ne cesse d'étendre **l'obligation de reclassement**. La Cour en vérifie le respect y compris en cas de rupture liée au refus de modification du contrat de travail pour motif économique⁷¹, quels que soient l'effectif de l'entreprise ou le nombre de salariés concernés⁷² et cela avant même que le licenciement ne soit prononcé⁷³. Il est significatif de noter que, sur ce terrain juridique, la Cour de Cassation renforce progressivement le pouvoir de contrôle du juge. Alors que, dans l'arrêt *Everite*, la haute juridiction posait le principe selon lequel tout plan social devait comporter « des mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et éviter des licenciements ou en limiter le nombre⁷⁴ »... une décision récente renforce considérablement le contrôle judiciaire de cette phase de la procédure en imposant à l'employeur « d'étudier toutes mesures susceptibles d'éviter un licenciement ». La marge d'appréciation du juge du fonds s'en trouve élargie et le sort de nombreuses procédures en cours pourrait s'en trouver fragilisé⁷⁵. L'avant-projet de loi de modernisation sociale présenté en Conseil des ministres le 24 mai 2000 envisage d'inscrire dans le Code du travail la règle prétorienne selon laquelle le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que « si le reclassement du salarié dans un emploi de même catégorie ou de catégorie inférieure n'est pas possible ». La jurisprudence, dans ce cas de figure, s'inscrit très directement dans le contexte d'une évolution légale et politique.

67. Ph. Waquet, « Le juge judiciaire et les plans sociaux », *Dr. soc.* 1994.473.

68. Cass. soc. du 25/02/1992, *Expovit*, *Bull.* V n° 212. A. Lyon-Caen, « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *S. Soc. Lamy* 1992, n° 596, p. 3.

69. Cass. soc. du 1/04/1992, *Assurance Mutuelle Universitaire*, *Dr. soc.* 1992.480. Voir aussi : Cass. soc. du 17/03/1999, *Stenger* et l'analyse de G. Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999.497.

70. Cass. soc. du 12/12/1995, *Dr. soc.* 1996. Cass. soc. du 5/03/1996, *Halimi*, *RJS* 4/96 n° 432.

71. Arrêt *Expovit*, *op. cit.*

72. Cass. soc. du 4/04/1995, *Dr. soc.* 1995.510 ou Cass. soc. du 27/05/1997, *Cardoco c/ SA Pellerin*, *RJS* 7/97, n° 880.

73. Cass. soc. du 2/04/1996, *RJS* 5/96, n° 513.

74. Cass. soc. du 17/05/1995, *RJS* 6/95, n° 632.

75. Cass. soc. du 28/03/2000, *FRS* 14/00.14.

Dans le même esprit, la détermination et le respect de l'ordre des licenciements constituent un axe essentiel de l'intervention des juges⁷⁶. L'employeur ayant la possibilité de licencier un salarié dont le poste n'est pas nécessairement supprimé⁷⁷, le juge veille au respect des critères légaux en l'absence de critères conventionnels⁷⁸. L'employeur peut, certes, privilégier certains critères⁷⁹ mais il se doit de communiquer au juge les éléments objectifs ayant guidé ses choix⁸⁰.

Il convient de considérer cependant que les condamnations infligées par le juge sont ici purement indemnitaires en compensation du préjudice subi par le salarié⁸¹. Il est permis de considérer que le contrôle du juge ne permet pas de réduire tout risque d'arbitraire. Si les salariés peuvent obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'absence de respect des critères établis⁸² par l'employeur, ils ne peuvent obtenir du juge la reconnaissance de l'absence de « cause réelle et sérieuse⁸³ ».

C'est enfin au travers du contrôle de l'élaboration et du respect du plan social que se développe l'intervention du juge. Celui-ci n'hésite pas à analyser la réalité des mesures contenues dans le plan social⁸⁴, celles-ci devant être « concrètes et précises⁸⁵ ». Le désormais célèbre arrêt *Samaritaine* témoigne de l'élargissement d'un contrôle judiciaire toujours plus minutieux⁸⁶ même si les moyens dont l'entreprise dispose constituent un élément objectif d'appréciation⁸⁷. Il convient de constater ici que le contrôle du juge judiciaire porte sur la régularité et sur la réalité du plan social⁸⁸. Ce contrôle ne peut le conduire à se prononcer sur la cause réelle et sérieuse du licenciement⁸⁹.

L'annulation du plan social par le juge n'est cependant pas sans conséquences sur l'autonomie de l'employeur⁹⁰, celui-ci étant tenu d'établir sa bonne foi dans l'exécu-

76. Art. L. 321.1.1 du Code du travail; v. D. Jacotot, « Choix et respect des critères de l'ordre des licenciements », *D.* 1997, jurisp. p. 12.

77. Cass. soc. du 13/06/1996, *SA Saunier Duval*, *RJS* 7/96, n° 776.

78. Ph. Waquet, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. soc.* 1994.677.

79. Cass. soc. du 13/06/1996, *SA Saunier Duval*, *RJS* 7/96, n° 776.

80. Cass. soc. du 14/01/1997, *Soc. Parisienne de nettoyage*, *Dr. soc.* 1997.159, note Lyon-Caen. Notons ici que l'établissement de critères doit intervenir lors de chaque opération de licenciement (Cass. soc. du 8/04/1992, *Bull.* V, n° 260), leur mise en oeuvre est écartée si une suppression de poste est envisagée sans décision de licenciement (Cass. soc. du 3/12/1996, *IBM*, *Dr. soc.* 1997.105) ou lorsque le licenciement concerne tous les salariés d'une entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle (Cass. soc. du 25/05/1997, *Ravia Ferradi*, *Dr. soc.* 1997.744).

81. Cass. soc. du 20/01/1998, *Dupin c/ Sapin, SS Lamy*, n° 872, p. 10.

82. De nombreux auteurs contestent cette logique (cf. en particulier : Précis Dalloz, 1998, n° 6, p. 458) car ils considèrent que le licenciement du salarié concerné est un licenciement sans cause.

83. P.-Y. Verkindt, « Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », *Dr. soc.* 1994.467. Voir, plus récemment, Cass. soc. du 2/03/1999, *Dassault c/ CE Dassault*, *RJS* 4.99.

84. J. Pelissier, « Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 8.9/94.566. A. Lyon-Caen, « La raison des juges », *Liaisons sociales*, 2/1994.52.

85. Cass. soc. du 10/06/1997, *SA Vestra*, *Dr. soc.* 1997.980.

86. Cass. soc. du 13/02/1997, *Grands magasins de la Samaritaine*, *RJS* 3/97, n° 268. Ph. de Caigny, « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure des licenciements », *Dr. soc.* 1997.249.

87. Cass. soc. du 30/09/1997, *Broussaud*, *Dr. soc.* 1997.1103.

88. Cass. soc. du 3/12/1996, *Framatome*, *RJS* 1.97, n° 23. Cass. soc. du 30/03/1999, *Elefpa c/ Berthelin*, *AJS* 5/99.

89. Cass. soc. du 12/11/1996, *ABG Semca*, *Dr. soc.* 1997, p. 107, obs G. Bélier.

90. G. Couturier et J. Pelissier, « Nullité du plan social », Débat sur l'arrêt *Samaritaine*, *S. Soc. Lamy*, 3/03/1997, p. 3.

tion du plan social⁹¹. Elle débouche, en effet, sur l'annulation de la procédure et donc sur la nullité de toutes les mesures qui y sont liées⁹². L'employeur qui souhaite maintenir les licenciements doit reprendre entièrement la procédure⁹³.

D'autres obligations légales comme les conventions de conversion⁹⁴ ou la priorité de réembauchage⁹⁵ participent à construire ce qui devient, peu à peu, un véritable « droit de l'alternative au licenciement⁹⁶ ». Le pouvoir de rompre la relation de travail n'échappe pas au phénomène de judiciarisation de notre société au point de ne plus apparaître comme un pouvoir discrétionnaire lié à la qualité d'employeur. Il serait cependant excessif de considérer que la Cour de Cassation tente de substituer une autorisation juridictionnelle de licenciement à la défunte autorisation administrative⁹⁷.

Certes l'article L. 321-1 donne une définition du licenciement qui peut sembler bien éloignée des choix effectués par la Cour dans ses arrêts *Thomson*⁹⁸ ou *Everite*⁹⁹. Cette mutation est cependant aisément justifiable par la forme même de l'article en cause qui n'exclut pas ce type d'évolutions¹⁰⁰.

En outre, les solutions dégagées organisent une sorte d'équilibre entre des solutions inscrites dans une logique de flexibilité : « la réorganisation-compétitivité » et dans une logique de protection : « la recherche du reclassement du salarié¹⁰¹ ».

B. À LA RECHERCHE D'UN DIFFICILE ÉQUILIBRE : L'INTÉRÊT « TRANSCENDANT » DE L'ENTREPRISE

Au-delà du problème dominant du licenciement pour motif économique, on ne peut que constater, en balayant la jurisprudence sociale, que l'ensemble du droit du travail accompagne la mutation d'un pouvoir patronal discrétionnaire vers une autre forme de pouvoir pouvant être qualifié de « fonctionnel¹⁰² » et se traduisant par l'accroissement du contrôle des juges sur les décisions prises.

91. Cass. soc. du 6/05/1998, *RJS* 6/98, n° 716.

92. Cf. arrêt *Samaritaine*, *op. cit.*

93. Cass. soc. du 18/03/1997, *Dandy*, *Dr. soc.* 1997.540.

94. Cass. soc. du 27/01/1994, *Pomona*, *Bull. V*, n° 33. Cass. soc. du 1/03/2000, *SA France CERAM*, *RJS* 4/00.

95. Cass. soc. du 26/01/1994, *Fusab*, *Bull. V*, n° 31.

96. F. Favennec-Hery, « Licenciement pour motif économique : contrôle ou contournement », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995.209. A. Philibert, « Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. soc.* 1998.35.

97. F. Lemaître, « Les chefs d'entreprise s'inquiètent du rôle croissant des juges face aux plans sociaux », *Le Monde* du 19/11/1998.

98. Cass. soc. du 5/04/1995, *Sem. Sociale Lamy* 1995, n° 740, rapp. B. Boubli.

99. Cass. soc. du 17/05/1995, *Bull. civ. V*, n° 159.

100. Utilisation dans cet article, comme dans d'autres parties du Code du travail, du mot « notamment » favorise les extensions jurisprudentielles.

101. Ph. Waquet, « Intervention au colloque de Paris VI du 14/03/1997 », *Liaisons sociales* n° 7568 du 15/05/1997.

102. M.-F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996.

La multiplication des références à « l'intérêt de l'entreprise¹⁰³ » peut nous donner une clé d'analyse de cette évolution. On touche ici aux fondements même des pouvoirs reconnus au chef d'entreprise en tant que tel. Faire référence à cette notion permet, à la fois, de justifier les pouvoirs de l'employeur tout en permettant d'en organiser les limites.

La doctrine a longtemps été divisée par l'idée que l'entreprise pouvait être organisée par le droit dans une perspective qualifiée « d'institutionnelle¹⁰⁴ ». Les lois Auroux¹⁰⁵ et la jurisprudence sociale des années quatre-vingt¹⁰⁶ témoignent du succès de cette notion dans une perspective qui s'est peu à peu éloignée de sa conception originelle. On retrouve ici l'idée que cette notion est plus fonctionnelle que conceptuelle, l'enjeu pour le juge étant d'arriver à concilier les intérêts et les droits des salariés avec l'autorité de l'employeur et ses nécessités de gestion. Sa fonction est directement en cause dans la mesure où il peut être amené, dans le cadre de ses interventions, à apprécier ce qu'est véritablement « l'intérêt de l'entreprise ». L'équilibre est extrêmement étroit. Se refusant de contrôler l'opportunité des mesures prises par l'employeur¹⁰⁷, il lui revient de contrôler les détournements éventuels de ces mêmes pouvoirs¹⁰⁸.

C'est ce que le professeur Antoine Lyon-Caen justifie dans une phrase particulièrement adaptée à notre problématique : « la logique du pouvoir commande le contrôle de son détournement¹⁰⁹ ». De fait, le juge va intervenir sur les intentions, affichées ou non de l'employeur, sans tenter de contrôler l'opportunité de la décision prise¹¹⁰. La notion fondatrice de « l'intérêt de l'entreprise » prend ici tout son sens, le détournement de pouvoir se trouvant réalisé lorsque l'employeur est motivé dans ses choix par des éléments personnels divergeants de cet intérêt.

L'étude de quelques thèmes sociaux peut permettre de mesurer (ou de tenter de mesurer) la pertinence et les limites de cette notion.

Nul doute, en premier lieu, que le licenciement pour motif personnel traduit les conséquences de cette évolution. Alors que les motifs retenus par l'employeur, suite à la loi de 1973, pouvaient n'être « qu'apparents », ils se doivent aujourd'hui d'être « objectifs et vérifiables » eu égard aux éléments qui permettent de caractériser l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, par exemple, le refus d'une mutation décidée dans « l'intérêt personnel d'un autre salarié sollicitant un poste fixe en raison de son âge et de son ancienneté » ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, cet

103. M.-C. Escande-Varniol, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4100, 260. G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », *Mélanges Jean Savatier*, PUF, 1992.143. G. Lyon-Caen, « Les principes généraux du droit du travail », *Mélanges Camertynck*, Dalloz, 1978.42.

104. G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », *Litec*, 1978.610.

105. A. Jeammaud décèle dans le modèle d'entreprise induit par les lois Auroux des liens évidents avec la théorie institutionnelle (*Dr. soc.* 1988.593).

106. On peut citer, par exemple, les références aux arrêts faisant du règlement intérieur « un acte réglementaire de droit privé » permettant de l'imposer à tous : « aux membres du personnel comme au chef d'entreprise ». Cass. Soc du 25/09/1991, *Unigrain*, *Dr. soc.* 1991.788.

107. Cass. soc. du 30/05/1980, *Bull. civ. V*, n° 473 p. 357. Cass. soc. du 4/01/1980, *Bull. civ. V*, n° 6, p. 5.

108. J. Péliissier, « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », *Mélanges Vincent*, 1981.275.

109. A. Lyon-Caen, note au *D.* 1978.353.

110. Cass. soc. du 28/03/1979, *Bull. civ. V*, n° 280.

intérêt ne se confondant pas avec celui de l'entreprise¹¹¹. Dans le même esprit, la « perte de confiance » doit désormais être étayée par des éléments mesurables¹¹² afin qu'elle ne soit contestée ni dans son existence¹¹³ ni dans son exactitude¹¹⁴.

En tout état de cause, ce type de licenciement doit désormais être fondé sur des éléments objectifs et incontestables¹¹⁵. Cette catégorie de motif reconnu depuis de nombreuses années¹¹⁶ se situe aujourd'hui, du fait de l'intervention du juge, dans le cadre des pouvoirs « contrôlés » de l'employeur. Après la « normalisation » du licenciement réalisé par la loi de 1973¹¹⁷, c'est à une « objectivisation » jurisprudentielle que l'on assiste aujourd'hui¹¹⁸.

L'usage que fait l'employeur de son pouvoir disciplinaire s'inscrit dans le même souci d'équilibre juridique¹¹⁹. Si la Cour de cassation a, dans un premier temps, limité son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation ou, ici encore, au détournement de pouvoir de la part de l'employeur... il est permis de constater que « l'intérêt de l'entreprise » facilite les choix des juges dans leurs recherches de solutions adaptées. L'utilisation de ce pouvoir dans un autre but caractériserait le détournement de cette prérogative¹²⁰. Si, avant la loi du 4 août 1982, le juge s'interdisait toute substitution de son appréciation à celle d'un employeur sur le terrain de la gravité de la sanction¹²¹, il se prononce aujourd'hui sur une éventuelle disproportion entre l'adéquation de la sanction prononcée et la faute commise¹²². Il tient compte pour cela de toutes les circonstances de la cause de la rupture mais en faisant référence à l'intérêt de l'entreprise. Cette orientation permet cependant à l'employeur de justifier une sanction différenciée à condition d'avoir la capacité d'apporter la preuve de la conformité de ses choix avec l'intérêt de l'entreprise¹²³. De fait, en vertu de son pouvoir d'individua-

111. Cass. soc. du 27/03/1991, *S. Soc. Lamy*, n° 551, p. 16.

112. Cass. soc. du 29/11/1990, *Fertray, D.* 1991.190, note J. Pélissier. A. Chirez, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chr. 193. F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance » *Dr. soc.* 1992.32.

113. La Cour contrôle désormais les justifications avancées par l'employeur. Celui-ci se doit de présenter des éléments précis permettant de caractériser l'insuffisance professionnelle invoquée. Cass. soc. du 17/12/1987, *Bull. Cass. V*, n° 745. Cass. soc. du 10/03/1998, *Bull. Cass. V*, n° 167.

114. Loin de se satisfaire d'un motif apparent, le juge n'hésite pas aujourd'hui à rechercher des causes « dissimulées » derrière des motifs affichés. Cass. soc. du 28/04/1994, *Dr. soc.* 1994.719.

115. Cass. soc. du 27 mai 1988, n° 2688, *Bull. civ. V*, n° 283.

116. M. Despax, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982.11.

117. J.-C. Javillier, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », *Mélanges Camertynck*, Dalloz 1978, p. 101.

118. L'arrêt du 30/03/1999 permet d'illustrer cette orientation. Pour donner une base légale à sa décision, le juge doit vérifier si les objectifs définis par une clause sont « raisonnables et compatibles » avec le marché. L'affichage d'une simple insuffisance de résultats ne suffit plus à permettre un licenciement pour motif personnel. Cass. soc. *Evrard c/ sté Samsung*, n° 1484 P, *RJS* 4/99.

119. M.-C. Amauger-Lattes, droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée, Thèse Toulouse I, 1992, tome 1, p. 364.

120. Cass. soc. du 15/05/1991, *Dr. soc.* 1991.619, rapp. Ph. Waquet, concl. P. Franck.

121. Cass. soc. du 20/07/1977, *Bull. civ. V*, n° 494. Cass. soc. du 29/01/1981, *Bull. civ. V*, n° 79 p. 57.

122. Cass. soc. du 12/02/1987, *D.* 1988, somm. 98, obs J. Pélissier.

123. Rappelons ici que le doute profite au salarié (art. L. 122.43, al. 1).

lisation des mesures disciplinaires, il lui est possible de sanctionner différemment des salariés ayant participé à une même faute¹²⁴.

L'établissement et l'exécution du contrat de travail ne remettent pas en cause notre analyse.

L'exemple de l'application des clauses de non-concurrence est, à cet égard, particulièrement significatif. D'abord inspirée de principes civilistes (art. 1134), la jurisprudence s'oriente aujourd'hui vers une logique protectrice des salariés ne méconnaissant pas, pour autant, les nécessités qu'impose l'intérêt de l'entreprise.

On retrouve à nouveau la volonté du juge social de rechercher un équilibre entre la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹²⁵ et le droit pour le salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle¹²⁶. La décision de la Cour de cassation du 25 mars 1998 permet d'illustrer cette situation¹²⁷. En présence d'une clause manifestement excessive, en l'espèce la durée d'interdiction d'exercice était de 10 ans (!), le juge décide de ne pas l'annuler mais de lui donner pleine validité juridique en la ramenant à 2 ans. Alors que la validité des clauses de non-concurrence trouvait sa justification dans l'article 1134 du Code civil, les juges définissent une « 3^e voie ». La jurisprudence traditionnelle aurait dû les conduire soit à la révoquer en invoquant la nullité, soit à la conserver en l'état. Le juge préfère user ici d'un pouvoir de « modération » afin de concilier l'intérêt de l'employeur avec celui du salarié¹²⁸.

D'autres types de clauses inscrites dans le contrat de travail participent à des analyses similaires. Dans une décision relative à l'application d'une clause de mobilité pourtant insérée dans un contrat de travail et, de fait, acceptée par le salarié... la Cour décide de ne pas la prendre en compte en considérant qu'une mutation « n'est pas établie comme allant dans le sens de l'intérêt de l'entreprise¹²⁹ ». À l'inverse, même en l'absence de clause, le juge social n'hésite pas à considérer que « le changement du lieu de travail d'un salarié embauché pour occuper un emploi impliquant — par nature — une certaine mobilité géographique ne constitue pas une modification de son contrat de travail¹³⁰ ». Une fois encore l'intérêt de l'entreprise domine les choix des juges, le contenu du contrat de travail ne suffisant pas à orienter leurs décisions. Dans le même esprit, la Cour précise que le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective, la situation familiale ou personnelle du salarié constituant des paramètres indifférents¹³¹. Enfin, la modification du contrat

124. Cass. soc. du 17/12/1996, *Bull. civ.* n° 445, *RJS* 1/97, n° 85.

125. Cass. soc. du 7/04/1998, *Bull. civ.* V, n° 202.

126. Cass. soc. du 18/12/1997, *Bull. civ.* V, n° 459. Cass. soc. du 13/01/1998, *Bull. civ.* V, n° 7. Cass. soc. du 15/02/1995, *SA Sirena*, *D.* 1997, s.c. 106.

127. Cass. soc. du 25/03/1998, *Bull. civ.* V, n° 176.

128. Ph. Richard, « Les clauses de non-concurrence », *L'année du droit social* 1999, *Juris-Classeur*, p. 32. N. Gavaldà, « Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1999.582.

129. Il s'agissait d'une attachée commerciale mutée d'un secteur à un autre secteur de moindre importance (Cass. soc. du 9/05/1990, *GIE Maison du logement*, *Bull. civ.* V, n° 210, p. 127).

130. Cass. soc. du 4/01/2000, *Henry c/ SARL Coulet Fils*, *FRS* 2/00 p. 9. Voir aussi : Ph. Waquet, « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999.566.

131. Cass. soc. du 4/05/1999, *Jacottet*, *RJS* 6/99.

pour raison disciplinaire nous conforte dans notre perception d'une jurisprudence d'équilibre

On est à nouveau confronté ici aux conséquences de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Si la modification disciplinaire est acceptée, elle peut entraîner ses effets juridiques¹³². Si elle est refusée, on retourne au contrat initial mais l'employeur retrouve son pouvoir disciplinaire et peut infliger une autre sanction¹³³.

La mise en évidence de la **catégorie des entreprises dites « de tendance »** se situe au cœur de notre problématique¹³⁴. Le droit français préserve la liberté de conscience du salarié par des règles juridiques situées au plus haut niveau de nos sources du droit¹³⁵, les lois Auroux relayant ces dispositifs en affirmant que « Citoyen dans la cité, le salarié le demeure dans l'entreprise¹³⁶ ». On aurait pu penser que l'importance des droits fondamentaux en cause ne pouvait permettre aucune dérogation. Pourtant, une fois encore, la Cour de cassation cherche à concilier la sauvegarde de ces droits avec l'intérêt de l'entreprise. Sans remettre en cause la nécessaire protection du salarié, le juge admet son licenciement lorsque sa cause objective s'appuie sur son comportement, celui-ci étant susceptible de créer un trouble dans l'entreprise¹³⁷. La fonction occupée par le salarié et la finalité de l'entreprise constituent des éléments essentiels dans un développement jurisprudentiel qui trouve sa source dans le Code civil¹³⁸. On assiste, ici encore, au conflit de deux logiques tout aussi légitimes : le salarié a droit au respect de ses croyances mais l'employeur doit pouvoir choisir et diriger le travail de ses salariés de la manière qu'il juge le plus utile à son entreprise¹³⁹. Le juge social prend en compte la nature des fonctions exercées et la finalité de l'entreprise pour admettre ou écarter les décisions prises par l'employeur¹⁴⁰.

L'arrêt *Painsecq*¹⁴¹ va au-delà de cet équilibre en admettant que, dans des entreprises qualifiées de « tendance », l'employeur puisse imposer des restrictions supplémentaires aux droits des salariés. La Cour considère que, dans « certaines entreprises à tendance idéologique », il est possible de faire adopter aux salariés « un mode de vie et de pensée conforme à la spécificité de leurs activités ». C'est le cas, par exemple,

132. Cass. soc. du 16/06/1998, *JCP E* 1998, n° 45 p. 1789, note Corrigan-Darsen.

133. Ph. Waquet, « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998.803.

134. J.-M. Lattes, « Croyances et relations professionnelles, conséquences sur le contrat de travail », Actes du colloque « Gestion et croyances », tome 8, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, mars 2000, p. 307.

135. Articles X et XI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Constitution de la V^e République... J. Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion 1970.

136. Art. L. 120.2 du Code du travail.

137. Cass. soc. du 17/04/1991, *Painsecq*, *Dr. soc.* 1991.485, note J. Savatier.

138. L'article 1134 al. 4 (« Les conventions doivent être exécutées de bonne foi ») et l'article 1135 (« Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») fondent le devoir de fidélité et de discrétion du salarié. P. Cabannes, « Fidélités », *Dr. soc.* 1990.373. J.-E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.376.

139. D. Loschak, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. soc.* 1982.22. B. Soenne, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. soc.* 1983.

140. O. de Tissot, « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.* 1995.222. J.-M. Verdier, « Liberté et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, chr. 63. B. Bossu, « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994.747.

141. *Op. cit.*

pour les établissements confessionnels¹⁴², partis politiques¹⁴³, syndicats¹⁴⁴, entreprises de presse¹⁴⁵...

La jurisprudence s'adapte ici à chaque type d'entreprise. Entre une simple obligation de réserve et l'adhésion à l'idéologie promue par l'entreprise, l'étendue du devoir de loyauté du salarié trouve sa mesure dans le degré de spécificité de son activité professionnelle¹⁴⁶.

D'autres exemples de situations juridiques organisant cet équilibre autour de l'idée de l'intérêt de l'entreprise auraient pu être, sans nul doute, développés¹⁴⁷ confortant ainsi notre analyse.

Le grand vent de la flexibilité a cependant ébranlé ce fragile équilibre¹⁴⁸. L'éternel débat opposant le droit du travail au droit au travail débouche sur la remise en cause progressive de ce que le MEDEF considère aujourd'hui comme des « rigidités », les pouvoirs et les choix économiques des employeurs ne devant pas être entravés par des contraintes susceptibles de brider leur fonction créatrice d'emplois. Contrat de travail à durée limitée, durée de travail souple et modulable, rémunérations dégagées de tout plancher... c'est une véritable flexibilité de « dérégulation » qui tente de se mettre en place.

L'offensive actuelle du MEDEF au travers de son projet de « refondation sociale » s'inscrit dans la perspective de la promotion d'un droit nouveau à dominante contractuelle et dans lequel la loi ne jouera plus qu'un rôle supplétif. C'est un véritable enjeu de pouvoir qui se joue autour de ces réflexions. La promotion du contractuel par le MEDEF vise, avant tout, à se dégager de l'emprise du contrôle du juge. Les propos d'Antoine Lyon-Caen considérant que « c'est la crainte des juges qui inspire le MEDEF¹⁴⁹ » nous amènent à penser que derrière la volonté de mettre en place — par exemple — des contrats à durée déterminée « de longue durée » se dissimule en réalité, le souhait non affiché d'éloigner le droit du travail du contrôle des structures judiciaires.

142. L'affaire *Dame Roy* a constitué la décision de référence dans un domaine très controversé (Ass. plén. civ. du 19/05/1979, *D.* 1978.5, note Ardant). D'autres décisions sont allées, par suite, dans le même sens : Cass. soc. du 7/01/1987 sur « la vocation originaire » d'une association (Juris-Association 27/1987.6). Cass. soc. du 20/11/1986, *Dlle Fischer* sur l'exigence « d'une communion de pensée ou de foi avec l'employeur » (*Dr. soc.* 1987.375, note Savatier ou *JCP II* 20786, note Revet).

143. P. Virton, *Histoire et politique du droit du travail*, SPES, 1968.

144. R. Mouriaux, *Le syndicalisme en France*, PUF, 1994, n° 585.

145. J.-M. Lattes, « Pouvoirs et médias : à propos du statut social des journalistes », colloque « Gestion et média », tome 6, Presses de l'Université Toulouse 1, 1998.201. E. Durieux « Rupture du contrat de travail du journaliste », *Legipresse* n° 67, III, p. 126.

146. Cass. soc. du 9/06/1998, *Bull. civ. V*, n° 315 (profession bancaire). Cass. soc. du 24/03/1998, *Bull. civ. V*, n° 171 ou *Dr. soc.* 1998.614, obs J. Savatier.

147. ... prise en considération des groupes de sociétés en droit du travail (Ph. Langlois in « L'armée du droit social 1999 », *Juris. cl.* p. 7), modalités d'application de l'art. L. 122.12 al. 2, reclassement d'un salarié inapte (P.-Y. Verkindt, « La maladie du salarié et la poursuite de la relation de travail », *TPS* 1998, chr. 15), contre visite médicale (Cass. soc. du 10/11/1998, n° 4511 P), droit de grève (G. Lyon-Caen, *op. cit.*, *Mélanges Camerlynck* 1977.42), maladie de longue durée...

148. J.-M. Lattes, « Désinsertion professionnelle et droit du travail », Actes du colloque du MAIS Toulouse 1998.111.

149. *Le Monde* du 11/04/2000, p. 6.

La construction jurisprudentielle de « l'intérêt de l'entreprise » est aujourd'hui fragilisée par la flexibilisation de la norme sociale. Le rôle joué par le juge dépend très largement de l'issue de cette évolution.

Conclusion

Le droit, auquel le juge est subordonné, se révèle par son intervention dans sa réalité effective, celle dont, au niveau du droit objectif, la jurisprudence est l'expression. Le juge dispose, pour reprendre l'analyse de Maurice Hauriou, « d'un incoercible pouvoir d'arbitrage et de création du droit¹⁵⁰ ».

Le juge social est soumis, nous l'avons évoqué, à de multiples contraintes juridiques, souvent divergentes, et dont il se doit d'arbitrer l'application. Si le Préambule de la Constitution de 1946 affirme que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises... », la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 consacre la propriété comme « un droit inviolable et sacré ».

Si les décisions que nous venons d'évoquer ne sont pas — loin s'en faut — à l'abri de toute critique, elles nous semblent traduire une évolution tant législative que sociologique qui va bien au-delà du monde de l'entreprise¹⁵¹. Cette évolution ne nous semble pas critiquable même si, en la matière, le mieux est l'ennemi du bien et que les juges, soumis à des recours de plus en plus fréquents, doivent conserver une lecture équilibrée de l'intérêt de l'entreprise.

Dans la préparation de cette intervention sur « Pouvoir et juge » nous ne pouvions pas ne pas faire référence à la thèse de Michel Despax, soutenue en 1956, sur « L'entreprise et le droit¹⁵² ». Dans son ouvrage visionnaire, Michel Despax considérait que la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts mis en jeu par le fonctionnement de l'entreprise devait constituer une des lignes directrices de l'évolution du droit du travail. Il qualifiait alors l'entreprise de « sujet de droit naissant » dont la gestation n'avait rien à envier, quant à sa durée, dans le règne animal, « à celle des éléphants¹⁵³ ».

L'évolution contemporaine du droit de l'entreprise consacre les intuitions de celui à qui ces journées sont dédiées.

150. M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale* 1928.193. R. Exertier, « Mais quelle est donc la liberté de décision du juge », *Décisions et gestion*, tome 7, Presses de l'Université Toulouse 1, 1999.433.

151. On lira, sur ce sujet, l'allocution prononcée par M. Burgelin, procureur général auprès de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 9 janvier 1998.

152. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956.

153. M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », *Mélanges J. Savatier*, PUF, 1992.177.