

# L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA DÉCISION DE LICENCIEMENT

« **L**e juge est la parole vivante du droit ». L'analyse du Professeur Hébraud dans son étude sur «le juge et la jurisprudence»<sup>1</sup> prend, en droit social, tout son sens. Si la règle sociale issue du Parlement constitue une «proposition abstraite», elle trouve sa réalité dans l'entreprise où elle organise les rapports qui lient et opposent les employeurs et les salariés.

Pourtant la règle sociale ne peut connaître de véritable existence sans l'intervention du juge, intermédiaire privilégié de l'application du droit, maîtrisant par le traitement des cas litigieux l'ensemble du droit substantiel. Son autonomie lui permet - de fait - de modeler le sens de la loi, voire même d'y introduire compléments ou modifications: De cette sorte de «lien intime» qui unit le juge et la loi, peut naître un droit hybride parfois bien éloigné des orientations premières suivies par le législateur.

L'exemple de l'évolution du contrôle judiciaire du licenciement est, à cet égard, particulièrement significatif. Entre l'employeur et le salarié, souvent opposés par des intérêts contradictoires, le juge judiciaire s'efforce de dégager des solutions juridiques en tentant de se baser sur un droit évolutif aux données parfois contradictoires<sup>2</sup>. Son intervention dans le contrôle (... ou dans l'absence de contrôle) de la décision de licencier illustre parfaitement la difficile évolution du droit du travail remettant en cause, à la fois, l'extra-patrimonialité du corps humain<sup>3</sup> et les fondements de l'autonomie<sup>4</sup>. Figé sur le socle de Principes civilistes

1. Pierre Hébraud, «Le juge et la jurisprudence», in *Mélanges Paul Couzinet*, Presses de l'Université Toulouse 1, 1974, pp. 329 et s.

2. Cf. Alain Supiot, «Le juge et le droit du travail», Thèse Bordeaux I, 1979, ou «Le juge et le droit du travail. Compte rendu d'une recherche» in *Dt. Soc.*, Mai 1980, pp. SP 59 et s.

3. Sur la difficulté de transposer, en droit du travail, les techniques contractuelles, on lira : Jean Pélissier, «Le licenciement et les autres modes de rupture de la relation de travail» in *Dt. Doc.*, n° spécial, avril 1978, p. 5.

Sur le problème de l'appréhension juridique du corps du salarié, on lira : F. Meyer, «Le corps humain en droit du travail», Thèse Strasbourg, 1985. J.P. Baud, «L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps», *Seuil* 1993, pp. 102 et s. A. Supiot, «Critique du droit du travail», PUF 1994, pp. 74 et s. J.M. Lattes, «Le corps du salarié», Intervention au colloque «Le corps saisi par le droit» Centre de droit médical de l'Université Toulouse 1 (à paraître).

4. Le concept de «subordination» se situe ici au cœur de la relation qui s'organise entre l'employeur et le salarié. Il est parfaitement contraire aux Principes qui organisent l'autonomie de la volonté et témoigne de l'importance qui sera attribuée au juge, arbitre des limites entre les pouvoirs de l'employeur et les obligations des salariés.

Sur ce thème, on lira : Thérèse Aubert-Monpeyssen, «Subordination juridique et relation de travail», Ed. du CNRS, 1988.

inadaptés aux relations de travail<sup>5</sup>, le juge s'autocensure en faisant prévaloir la nécessité de préserver l'autorité du chef d'entreprise sous le couvert du respect du droit de propriété puis en invoquant les conséquences classiques de la mise en place d'une relation contractuelle<sup>6</sup>. Pourtant, faute d'une définition législative générale, le pouvoir de l'employeur est fondamentalement indéterminé. Il correspond, à la fois, à un pouvoir sur les biens et à un pouvoir sur les personnes, le premier étant fondé sur le droit de propriété alors que le second est acquis par la mise en place de la relation de travail<sup>7</sup>.

En outre, en droit du travail... comme ailleurs, le juge se trouve à la rencontre du droit et du fait, de la loi et des justiciables.

Loin d'être détaché de la société qui l'entoure, il y puise une partie de son inspiration au point de faire prévaloir une conception «décagée» des évolutions juridiques. Ainsi, alors qu'émerge un nouveau droit sans lien avec la naissance du Code Civil, il continue à faire prévaloir une vision civiliste des relations sociales et seule une réforme législative va permettre d'induire des évolutions significatives (Partie 1).

Par suite, la dégradation du droit social qui, d'un droit de la protection du salarié va muter en droit de la protection de l'emploi<sup>8</sup>, sera compensée par l'intervention du juge judiciaire, celui-ci n'hésitant pas à annuler un licenciement non conforme, sinon dans ses motifs, au moins dans son encadrement procédural (Partie 2).

## **1. D'UNE CONCEPTION CIVILISTE DE RELATIONS PROFESSIONNELLES A LA MISE EN PLACE D'UN DROIT DU LICENCIEMENT : L'ORGANISATION PROGRESSIVE D'UN CONTROLE JUDICIAIRE DE LA RUPTURE DE LA RELATION DE TRAVAIL**

### **A) Le juge, protecteur passif d'une conception patrimoniale de l'entreprise**

On trouve l'origine même du droit du travail au sein du droit des obligations. La relation individuelle de travail y est considérée comme une relation contractuelle classique organisant l'échange de deux prestations : le travail et le salaire. De fait, le Code Civil de 1804 réduit à deux articles ce qui est assimilé à un simple contrat de louage : le louage de service<sup>9</sup>.

Précédemment, la loi du 22 Germinal an XI sur les manufactures avait

5. Cf. Jean-Michel Lattes, «Le travail : objet de propriété ?» in «Propriété et Révolution», Editions du CNRS 1990, pp. 221 et s. M.E. Chatelain, «Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code Civil» Rev. Trim. de Dr. Civ. 1904, p. 388. Jean Carbonnier, «Les biens», PUF 1980, p. 13.

6. Cf. Jean-Claude Javillier, «Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise», Etudes G.H. Camerlynck, 1978, pp. 101-145.

7. Cf. Alain Supiot, Thèse op. cit., p. 128.

8. Cf. Jean-Michel Lattes, «Désinsertion professionnelle et droit du travail», Colloque du M.A.I.S. sur «Le sens de l'accompagnement», Toulouse, Février 1998, pp. 93 et s.

9. Cf. l'article 1780 du Code Civil interdisant «l'engagement à vie» et l'article 1781 réglant, au bénéfice du maître, la question de «la preuve en matière de gage». Ce dernier article sera abrogé en 1868.

soumis la classe ouvrière, considérée comme «classe dangereuse», à une très stricte réglementation de police<sup>10</sup>. La soumission du salarié à l'employeur est alors organisée par le droit lui-même.

Dans cette nouvelle orientation civiliste imprégnée de logique contractuelle, le droit de licencier constitue la simple manifestation du droit de résiliation unilatérale, conséquence logique de l'expression de la volonté de l'un des co-contractants<sup>11</sup>.

L'employeur dispose, de fait, d'une très grande liberté. Dès que la production se met à fléchir et que la demande se raréfie, il peut débaucher les salariés excédentaires, parfois avec un court préavis, et sans la moindre indemnité.

Le juge se garde bien d'intervenir dans ces relations professionnelles. L'article 1780 du Code Civil organise les modalités d'un licenciement (... ou d'une démission) en affirmant, sans ambiguïté, que «le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes».

Les règles juridiques applicables en la matière consacrent clairement le pouvoir absolu des dirigeants d'entreprise sur le destin de leurs ouvriers<sup>12</sup>.

La Cour de Cassation se montre, dans ce contexte, très «déférente» à l'égard de la souveraineté patronale<sup>13</sup>. L'autorité de l'employeur sur son entreprise ne peut être contestée et, de fait, la haute juridiction considère qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux de porter une appréciation sur les motifs même du licenciement.

Contrairement à l'avis de certaines juridictions de premier ou de second degré<sup>14</sup>, la Cour Suprême applique très strictement l'article 1780 du Code Civil en s'interdisant de contrôler le bien fondé de la décision de licencier. La victime de la rupture de la relation de travail se trouve alors dans l'impossibilité pratique de prouver le caractère fautif du licenciement<sup>15</sup> et elle ne peut obtenir réparation.

Le juge judiciaire se trouve ici confronté à la domination de principes civilistes auxquels il se refuse de déroger. Cette situation est parfaitement révélatrice de la nécessité de mettre en place un droit nouveau, indépendant de logiques juridiques inadaptées, permettant au juge de sortir de sa position de retrait pour devenir véritablement acteur de la vie professionnelle par la régulation de la rupture des relations de travail.

10. L. Chevalier, «Classes laborieuses, classes dangereuses, à Paris pendant la 1<sup>ère</sup> moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle», Paris Plon 1958.

11. Cf. art. 1134 du Code Civil.

12. Cf. G.H. Camerlynck, «De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement» JCP 1958, ed. G, I, 1425. J. Savatier, «Pouvoir patrimonial et direction des personnes», Dt. Soc. 1982, pp. 2 et s. G. Lyon-Caen, «Du rôle des principes généraux du droit civil en Droit du travail», Rev. Trim. Dr. Civ. 1974, p. 234.

13. Jacques Le Goof, «Du silence à la parole», Calligrammes - La Digitale, 1985, pp. 39 et s.

14. Il convient de relever ici les divergences de jurisprudences de certains Conseils de Prud'hommes ou Cours d'Appel qui, autour de 1870, vont reconnaître un droit à réparation à tout ouvrier licencié sans «juste motif»... l'employeur se voyant affecter la charge de la preuve.

15. La preuve, soit de l'inexistence des faits reprochés, soit de la disproportion entre la faute et la sanction, apparaît impossible à réaliser, l'employeur étant le seul à en détenir les éléments. Cette jurisprudence va se prolonger sur plus d'un siècle (1872-1973), la Cour se faisant la «vigilante gardienne» du libre exercice de la résiliation unilatérale. Cf. Hélène Sinay, «Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel» in Dalloz 1972, p. 241. P. Durand, «Traité de Droit du travail», tome 2, Dalloz 1947, pp. 866 et s. Jean Hugué, «Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise», Thèse Paris 1948.

Sans qu'il soit possible de parler ici de bouleversement, la fin du 19<sup>ème</sup> siècle va permettre de faire évoluer cette situation. La naissance du droit du travail facilite, en effet, le «glissement» de conceptions purement civilistes vers un nouveau droit reconnaissant au salarié une identité propre face aux pouvoirs de l'employeur.

**La loi du 27 décembre 1890** représente, dans ce contexte, un événement essentiel... au moins dans l'étude de la théorie du droit<sup>16</sup>. Sortant résolument des conceptions juridiques liées à l'application stricte de l'article 1780 du Code Civil, le texte bouleverse la perception traditionnelle du louage en affirmant que, désormais, «la résiliation du contrat par la volonté d'un seul peut donner lieu à des dommages-intérêts»<sup>17</sup>. Cette évolution est importante car elle remet en cause la possibilité pour l'employeur de rompre, n'importe comment et à n'importe quel motif, la relation de travail.

Certes, chacun des partenaires sociaux demeure libre de mettre un terme au contrat mais celui qui «abuse» de ce droit devra en répondre devant les tribunaux civils. Le versement de dommages et intérêts compensera le préjudice subit par l'un des co-contractants.

La loi de 1890 ouvre la voie à un véritable contrôle judiciaire de la décision de licencier même si elle ne détermine pas précisément pour quelles causes les dommages et intérêts pourront être affectés aux plaignants.

La jurisprudence de la Cour de Cassation ne va pas, cependant, prendre la mesure de ce nouveau texte en conservant son orientation civiliste. Elle continue à considérer que l'employeur qui congédie le salarié n'a pas à se justifier.

De fait, il échappe à toute responsabilité s'il n'abuse pas de son droit en commettant une faute qui lui soit «légalement imputable». La preuve incombe, toujours et encore, à la victime.

Au delà de la déception causée par la frilosité des juges, la loi de 1890 participe à l'émergence d'une nouvelle logique juridique mettant en cause le lien traditionnel entre responsabilité et faute<sup>18</sup>.

Il ne s'agit plus de savoir s'il y a eu, ou non, faute mais plutôt de satisfaire de nouveaux types de besoins sociaux. Le droit se met, peu à peu, à l'écoute du social<sup>19</sup>.

**La loi du 19 juillet 1928** poursuit l'abandon progressif de l'impérialisme civiliste<sup>20</sup> même si les conséquences de la mise en place du texte demeurent proches de celles découlant de l'application de la loi de 1890. Sortant des lo-

16. Loi du 27 décembre 1890 «sur le contrat de louage et sur les rapports des agents des chemins de fer avec les compagnons».

17. On lira sur ce texte : Francis Naude, «Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement», *Dt Soc.*, mars 1973, pp. 137 et s. G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, «Droit du travail», *Précis Dalloz*, 1998, n° 9, p. 9.

18. La loi du 9 avril 1898 relative aux accidents de travail et à leur régime de réparation joue un rôle essentiel dans l'avènement d'un véritable droit du travail démarqué du droit civil et doté d'une identité propre. Le contrat de travail n'est plus considéré comme un contrat comme les autres, il se dégage des principes civilistes. Désormais une réparation peut être ordonnée, même sans faute, par la promotion de la «théorie du risque professionnel».

19. Léon Duguit, «Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat» Alcan 1911, pp. 4 et s. et «Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon» Alcan 1920.

20. La loi du 20 juillet 1928 qui fonde l'actuel article L. 122 - 12 alinéa 2 du Code du Travail participe largement à cette évolution en valorisant une logique statutaire rattachant le salarié à l'entreprise et en écartant la théorie contractuelle du contrat de travail.

giques probatoires en vigueur au début du siècle, le nouveau texte prévoit que le juge «peut mener une enquête» et que «le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture».

Une fois encore la Cour se distingue de l'évolution légale en maintenant la charge de la preuve dans la tradition civiliste tout en ajoutant que celle-ci doit porter sur le caractère abusif du licenciement et non sur le motif même de la rupture.

Cette orientation de la Cour va, de fait, écarter toute exigence de motif dans l'exercice du pouvoir patronal.

La doctrine juridique considère aujourd'hui que cette interprétation de la Cour de Cassation «a retardé d'un demi-siècle la réforme du licenciement en abandonnant à l'employeur l'appréciation discrétionnaire du motif simplement allégué par lui, en le dispensant de preuve et sans aucun contrôle du juge»<sup>21</sup>.

Il convient, à ce stade, de relever le fait que le juge se refuse d'intervenir dans la décision prise par l'employeur maintenant ainsi un pouvoir quasi-patrimonial dans l'entreprise. Certes, la théorie de l'abus de droit s'applique bien au licenciement et peut être génératrice de dommages et intérêts au profit du salarié mais les conditions sont telles que le salarié se trouve dans l'impossibilité de faire valoir ses droits<sup>22</sup>.

L'employeur demeure le «seul juge» de l'intérêt de l'entreprise et le congédiement demeure largement discrétionnaire du fait de l'absence de véritable contrôle judiciaire.

L'ordonnance du 24 mai 1945<sup>23</sup> relative au contrôle administratif des licenciements, la loi du 19 février 1958<sup>24</sup> et l'ordonnance du 15 juillet 1967<sup>25</sup> instituant des délais de préavis et des indemnités de licenciement ne remettent pas en cause ces orientations<sup>26</sup>.

Cette évolution insuffisante du droit codifié du travail et l'absence d'évolution de la jurisprudence s'accompagnent de réflexions doctrinales fortes.

Relayant les travaux de Léon Duguit<sup>27</sup>, le Professeur Paul Durand oppose «la théorie institutionnelle de l'entreprise» à la logique contractuelle ci-

21. Cf. Camerlynck et Lyon-Caen, Précis Dalloz 1975, n° 147. A. Rouast, note sous Cass. Civ. du 18 mars 1930, D. I, p. 71. P. Ollier, «Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail», in Dt. Social 1967, p. 490 et s. J.C. Venezia, «Le pouvoir discrétionnaire» LGDJ, 1958, p. 108.

22. Le salarié se doit, en effet, de prouver la fausseté du motif allégué et d'établir l'existence d'un motif «inavouable» constituant une véritable faute de l'employeur. Cette double preuve, à la fois positive et négative, est pratiquement impossible à établir... l'employeur détenant, du fait de son pouvoir, l'ensemble des informations susceptibles d'établir sa propre responsabilité.

23. Cf. J.E. Ray, «Droit du travail - droit vivant», Ed. Liaisons 1997, p. 181.

24. Ce texte institue un délai-congé d'un minimum d'un mois en cas de licenciement.

25. Cette ordonnance porte la durée minimale du délai-congé à deux mois au profit des salariés qui ont une ancienneté de deux ans et plus dans l'entreprise.

26. Ces textes, mis en place en droit social, ne doivent pas occulter l'intense réflexion autour du problème juridique posé par la rupture non maîtrisée de la relation de travail. On notera, en particulier, les propositions de loi de MM. Gazier et Meck déposées en 1947 par les groupes socialistes et M.R.P., la proposition élaborée par la CGT et déposée en 1968 par l'intermédiaire du groupe communiste, le mémorandum commun CGT - CFDT du 19 février 1971 (in «Syndicalisme» n° 1331 du 25 février 1971) et leur communiqué commun du 26 octobre 1972 (in «Syndicalisme» n° 1417 du 2 nov. 1972), les prises de position publiques d'Edmond Maire (in «Le Monde» du 22 août 1972).

27. Cf. note 19.

viliste<sup>28</sup>. Les auteurs de cette école de pensée<sup>29</sup> vont ainsi considérer que le contrat de travail ne doit pas être assimilé à un contrat ordinaire et que la réunion, juridiquement organisée, des hommes dans leurs activités professionnelles débouche sur la mise en place d'une véritable communauté. L'entreprise s'analyse alors comme une institution organisée en vue d'une fin commune<sup>30</sup>.

La théorie institutionnelle de l'entreprise suppose la recherche d'un nouvel équilibre dans les relations de travail. Dans cet esprit, le licenciement «non justifié par l'intérêt de l'entreprise» devrait permettre au juge judiciaire d'en prononcer la nullité et d'ordonner la réintégration du salarié.

La jurisprudence de la Cour de Cassation<sup>31</sup> témoigne de l'absence de prise en compte de cette recherche doctrinale. Loin de rechercher un équilibre, le juge se cantonne dans le rôle incertain de censeur de l'abus d'un droit contractuel... abus bien difficile à établir pour le salarié<sup>32</sup>.

Il résulte de l'état du droit social au début des années 70 que la liberté de licenciement demeure la «clé de voûte» des pouvoirs de l'employeur<sup>33</sup> sans véritable contrôle du juge judiciaire<sup>34</sup>.

## **B) La légalisation du droit de licencier ou la remise en cause imparfaite du droit de libre rupture de la relation de travail**

Le problème de la preuve du caractère abusif de la rupture se trouve au cœur de la réforme du droit du licenciement dans les années 70. Si, dès 1969, les

28. P. Durand, «Rapport sur la notion de l'entreprise», Travaux de l'Ass. Henri Capitant, t. 3, 1947, pp. 45 et s. ou «Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail» in JCP 1944, I, p. 387 ou «Le particularisme du droit du travail» Dt. Soc. 1945, p. 298. On notera que cette approche, très novatrice, s'inscrit dans le droit fil des travaux élaborés par le doyen Maurice Hauriou sur «la théorie de l'institution». Cf. «Principes du droit public» 1ère éd. 1910. «Précis de droit administratif» 11<sup>ème</sup> éd. 1927. «Précis élémentaire de droit administratif», 5<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1943.

Cette théorie, liée au droit public, avait été - dès 1938 - transposée de son domaine d'origine vers le cadre du droit privé. Cf. Legal et Brethe de la Gressaye, «Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées» Sirey 1938.

29. On lira, en particulier, les travaux réalisés par le Président Michel Despax : «L'entreprise et le droit» Thèse Toulouse, LGDJ, 1956, n° 200 et s. «L'entreprise en droit du travail» Ann. Faculté de droit de Toulouse, tome XIII, fasc. 2, 1965, pp. 127-148. ... En collaboration avec J. Pélissier, «La gestion du personnel. Aspects juridiques» Cujas 1974, tome 2, pp. 201 et s. Voir M.F. Mialon, «Les pouvoirs de l'employeur» LGDJ 1996, n° 4, p. 9.

30. Cette analyse n'est pas sans rapport avec la doctrine sociale de l'église catholique qui écartant l'idée d'affrontement entre classes valorise la recherche de valeurs communes et d'intérêts partagés.

On lira : Jean-Michel Lattes, «L'Encyclique Rerum Novarum et son influence sur la mise en place du droit du travail au XX<sup>ème</sup> siècle», Symposium sur la doctrine sociale et l'Eglise. Novembre 1991 Editions Mame, pp. 127 à 142.

31. Cf. Cass. Soc. du 31 Mai 1956, Brinon, D. 1958, p. 21, note Levasseur ou A. Brun, «La jurisprudence en droit du travail. Grands arrêts», Sirey 1967, N° 86-97, pp. 308 et s. On lira sur le même thème de l'autonomie de gestion de l'employeur : Cass. Soc. du 23 Juin 1976 et CA de Reims du 28 mai 1975 in Dt. Soc. 1977, p. 21, note J. Pélissier.

32. Cf. J. Salvaire, «Du licenciement non motivé, ou... le silence est d'or» in Gaz. Pal. 1969, I, doct. p. 11. H. Sinay, «Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel», D. 1972, chr. XXXVII, pp. 241 et s.

33. Cf. Jean-Michel Lattes, «Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés» in tome 5 de la collection «Histoire, Gestion, Organisations». Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse - Octobre 1997, pp. 261 et s. et Michel Despax, «Droit du travail et transformations sociales», Mélanges Cabrillac, Librairies techniques, 1968, pp. 143 et s. P.D. Ollier, «Réflexions sur le droit de se faire justice à soi même dans les rapports de travail», Dt. Social 1967, p. 496.

34. Cf. Alain Supiot, «Le juge et le droit du travail», Thèse Bordeaux 1, Juin 1979, pp. 128 et s. Jean Devèze, «Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile», Thèse Toulouse 1980. Françoise Favennec-Hery, «La preuve en droit du travail», Thèse Paris X - Nanterre, 1983.

partenaires sociaux se sont efforcés de faire évoluer l'état du droit par la conclusion d'un accord interprofessionnel sur «la sécurité de l'emploi», c'est surtout la **loi du 13 juillet 1973** qui initie des évolutions significatives<sup>35</sup>.

La réforme de 1973 induit plusieurs conséquences. Elle regroupe dans le Code du Travail des règles sur le licenciement qui étaient auparavant dispersées<sup>36</sup>. Elle génère ensuite, et c'est sans doute là l'essentiel, des restrictions significatives dans le droit de licencier dont le régime juridique se distingue nettement du régime de la libre démission du travailleur.

Sur le plan purement **formel**, le licenciement pour motif personnel doit désormais être précédé par une procédure instaurée dans le cadre de l'entreprise<sup>37</sup>.

Ce sont surtout les exigences nouvelles sur le **fond** même du licenciement qui semblent de nature à induire des mutations juridiques. L'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail pour n'importe quel motif. Il doit désormais afficher une justification de sa décision dont le juge sera chargé de contrôler «le caractère réel et sérieux»<sup>38</sup>.

Cette évolution n'est pas sans conséquence sur les règles relatives à la charge de la preuve. Si, jusqu'en 1973, le salarié qui voulait obtenir la condamnation de l'employeur pour licenciement abusif était tenu, nous l'avons vu, d'assumer la charge de la preuve de l'abus commis... désormais c'est au juge saisi qu'il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur.

Le juge est ici parfaitement libre de former sa propre conviction au vu des éléments fournis par les parties voire même d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estimera utiles.

Il serait cependant exagéré de penser que la loi de 1973 est de nature à engager un contrôle étroit du «motif du licenciement». La formulation très généraliste de certaines règles ouvre, en effet, la part belle à de nombreuses interprétations. Les juges se trouvent, une fois encore, confrontés à des choix dont dépend la mesure de l'encadrement du droit de licencier<sup>39</sup>. Le texte ne remet pas en cause l'inégalité de situation dans laquelle se trouve le salarié confronté à des problèmes probatoires dont l'employeur détient les clés<sup>40</sup> et il est aisé ici de mettre

35. Sur la loi de 1973 : Jean Péliissier, «La réforme du licenciement» Sirey 1974 et «Le nouveau droit du licenciement» Sirey 1977. M.C. Bonnetete et G. Lyon-Caen, «La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973», Dt. Soc. 1973, p. 493. P. Rongère, «La réforme du droit de licenciement», Economie et Humanisme, sept. - oct. 1973, n° 213 p. 44. J.M. Verdier, «Sur le nouveau droit du licenciement», Dt. Soc. 1976, p. 1. Audinet, «Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973» in JCP 1973. M. Cohen, «Le licenciement», n° spécial de la RPDS, mars 1975, p. 69 et s. G. Thomas, «La réforme du licenciement d'après les 75 premières décisions de jurisprudence» RPDS, mars 1975, pp. 69 et s. J.M. Lattes, «Le licenciement», L'Hermès 1997.

36. Cf. art. L. 122-4 du Code du Travail.

37. Cf. art. L. 122-4 et s. du Code du Travail sur «la nécessité de la convocation, de l'audition et de l'information préalables du salarié éventuellement assisté».

38. Cf. art. L. 122-4-3 du Code du Travail.

39. Sur cette idée, on se reportera à la conclusion de l'article de M.C. Bonnetete et G. Lyon-Caen, op. cit. p. 507 : «La réforme et les juges».

40. Cf. Francis Naude, «Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement», Dt. Social, mars 1973, p. 137 et s. H. Sinay, «Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel» D. 1972, p. 241. H. Groutel, «Le licenciement : problèmes et incertitudes» Dunod 1972. N. Olszak, «Histoire du droit du travail», PUF, 1999.

en évidence l'échec de l'application du texte du 19 juillet 1928 et ses similitudes avec la loi de 73<sup>41</sup>.

De fait, la doctrine va rapidement révéler les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973<sup>42</sup>. Certes les débats parlementaires témoignent de l'intention louable de faire évoluer la charge de la preuve de la rupture<sup>43</sup> et les premières décisions rendues semblent initier une véritable mutation<sup>44</sup>.

Le juge judiciaire revient cependant rapidement à «ses vieux démons» en réduisant par ses orientations postérieures la portée de la loi de 1973. La théorie dite de «l'apparence» permet ainsi à l'employeur d'avancer des motifs «en apparence réels et sérieux» pour se dégager de toute contrainte supplémentaire dans la décision de rupture<sup>45</sup>. Le juge s'interdit en outre de substituer sa propre appréciation à celle de l'employeur<sup>46</sup> revenant ainsi à l'ancienne jurisprudence «Brinon» de l'employeur «seul juge» de l'aptitude de son personnel dans l'entreprise<sup>47</sup>.

**La loi du 3 janvier 1975** constitue de son côté le premier texte législatif concernant l'ensemble des licenciements pour motif économique. Désormais, ce type de licenciement n'est régulier que s'il a été autorisé - expressément ou tacitement - par l'autorité administrative<sup>48</sup>. La combinaison des textes de 73 et de 75 pose de nombreuses difficultés en particulier dans la coordination nécessaire du contentieux judiciaire et du contentieux administratif<sup>49</sup>.

Le caractère limité du contrôle administratif n'exclut pas le contrôle judiciaire<sup>50</sup>. Celui-ci peut intervenir en cours de procédure pour permettre aux

41. Cf. A. Rouast, note sous Cass. Civ. du 18 mars 1930, op. cit.

42. Cf. Hélène Sinay, «Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973», Dt. Soc., Avril 1978, p. 22. G. Lyon-Caen, «La fraude à la loi en matière de licenciement», Dt. Doc. Avril 1978, p. 67. M.C. Bonnetete, «Les problèmes posés par l'application de la loi du 13 juillet 1973», JCP 1974, ed. CI, II, 11439. J. Laroque, «Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation», Etudes G.H. Camerlynck, 1978, pp. 27-34. «Premières orientations de la Cour de Cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement» in Dt. Social, n° 1, Janvier 1977, pp. 21 et s., note Jean Péliissier.

43. J.O. Ass. Nat. du 23 Mai 1973, p. 1457.

44. Les arrêts Janousek du 26 octobre 1976 et Sté Cottreau du 20 octobre 1976 témoignent de cette apparente évolution. Dans le premier, la Cour décide que «le défaut de réponse patronale» à la lettre recommandée lui demandant de fournir le motif du licenciement constitue «une irrégularité de fond». Dans la seconde décision, la Cour assimile des «affirmations vagues et imprécises» à une rupture non fondée sur une cause réelle et sérieuse.

Voir : Gérard Couturier, «Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?» in Dt. Doc. Avril 1978, n° 17, p. SP 78. Dalloz 1977, J. 544 note A. Jeammaud. Jurisp. Soc. n° 369 p. 7. Tiennot Grumbach, «Observations paradoxales sur l'évolution de la jurisprudence relative à la loi du 13 juillet 1973», Dt. Doc. mai 1981, pp. 373 et s.

45. Cass. Soc. du 19/01/1977, Amer c. Adam Bull. V, n° 37 ou D. 1978, p. 153 note Y. Letartre, Cass. Soc. du 16/10/1977, Cass. Soc. du 6/07/1979 in Bull. V n° 622, Cass. Soc. du 29/10/1981 in Bull. V n° 790...

46. Cass. Soc. du 10/11/1976, Soc. Hom c. Melle Abelly in JCP, IV, 393.

47. Cass. Soc. du 31 Mai 1956, op. cit.

48. Sur la loi de 1975, on lira : J. Péliissier, «Les licenciements pour motif économique» D. 1975, chron. p. 135. J.J. Dupeyroux, «Droit du licenciement : deux lois ne font pas une législation cohérente» in Le Monde du 18/02/1975, p. 18. «La sécurité de l'emploi et du salaire» Numéros spéciaux de juin et de septembre - octobre 1975. G. Thomas, «La réglementation des licenciements pour motif économique», RPDS, Juillet 1975 p. 197 et s.

49. Le Conseil de Prud'hommes est le juge du contrat de travail alors que la décision de l'autorité administrative est susceptible de recours devant le tribunal administratif et le Conseil d'Etat. Francis Zapata, «La pratique du contentieux administratif du travail et de l'emploi» Litec 1996.

50. Cf. Pierre Ollier, «Le contrôle du motif économique de licenciement» Dt. Social, Avril 1978, p. SP 29. Jean Savatier, «Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques» in Dt. Social, avril 1978, p. SP 39.

salariés d'apprécier la réalité de la cause économique invoquée par l'employeur.

Ainsi, le juge judiciaire se voit reconnaître le droit d'ordonner en référé des mesures d'instruction tendant à faire apparaître la cause du licenciement<sup>51</sup>.

Il convient cependant de constater que, jusqu'à la réforme de 1986, le contrôle judiciaire qui suit l'autorisation administrative demeure étroitement encadré<sup>52</sup>, certains auteurs n'hésitant pas à parler, en la matière, de véritable «paralyse» du juge dans l'étude des motifs économiques<sup>53</sup>.

Les textes de 73 et 75, dans leur application combinée, ne semblent pas de nature à répondre aux interrogations nées de la situation antérieure et les changements opérés dans le pouvoir de licencier ne sont pas suffisants pour que l'on puisse parler d'équilibre entre l'employeur et le salarié<sup>54</sup>.

En outre, les contradictions entre les deux textes remettent en cause l'unité du licenciement et les incertitudes qui en découlent ne favorisent pas le renforcement de la protection des salariés<sup>55</sup>.

Le nouveau droit du licenciement ne favorise pas l'évolution du débat permanent sur les conflits qui se développent entre les pouvoirs du chef d'entreprise, le contrôle des juges (voire de l'administration) et le droit des travailleurs dans la défense de leurs emplois<sup>56</sup>.

Ainsi les nouveaux textes ne portent pas véritablement atteinte au dogme de l'employeur «seul juge». Ce dernier conserve très largement la possibilité de remettre en cause la relation de travail non seulement du fait des carences et des oppositions des lois de 1973 et de 1975 mais aussi du fait de la mise en place de nouveaux instruments juridiques permettant de se soustraire aux contraintes nouvelles (nouveaux contrats de travail précaires, filialisation des entreprises, transactions, résiliations judiciaires...).

L'étude de la jurisprudence de la Cour de Cassation confirme l'impression d'inachevé de cette évolution législative<sup>57</sup>.

51. Cf. TGI de Paris du 14/02/1975 in *Liaisons Sociales* n° 4380. TGI de Nanterre du 28/11/1975 in *Gaz. Pal.* du 4/06/1976. TGI de Toulouse du 11 mars 1975 in *RPDS*, mai 1975, p. 132.

52. Cf. Yves Gaudemet, «Nouvelles décisions de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation sur l'étendue du contrôle judiciaire en matière de licenciement économique», in *Dt. Doc.* Juillet - Août 1986, pp. 380 et s.

53. Cf. Jean Savatier, «Les effets, dans les rapports entre le travailleur et l'employeur, de l'annulation d'une autorisation administrative de licenciement pour motifs économiques», *Dt. Soc.* décembre 1980 pp. 499 et s.

Il convient de noter que, suite aux arrêts Bernette (C.E. du 5 mai 1976 in *Dt. Soc.* 1976 p. 346, concl. Dondoux) et Abellan (C.E. du 18/02/1977 in *Dt. Soc.* 1977, concl. Dondoux), certains auteurs ont espéré une extension du rôle joué par le juge administratif susceptible d'ignorer la théorie de «l'employeur seul juge» et donc de favoriser une limitation fonctionnelle des pouvoirs du chef d'entreprise. Cf. J.P. Murcier, «Le conflit des logiques. Le terrain des faits et celui du droit», *Action juridique*, CFDT n° 11, sept. - oct. 1979.

On notera cependant que l'arrêt syndicat CFDT de la coopérative laitière du Puy (CE du 27 avril 1979 in *Dt. Soc.* 1979, p. 199, concl. Dondoux) témoigne des limites que la juridiction administrative entend assigner à son pouvoir de contrôle en matière de licenciement de salariés non protégés.

54. Cf. J.M. Verdier, op. cit. p. 18.

55. Cf. Jean Pélissier, «Observations à propos de la notion de licenciement individuel» *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, 1978, p. 83. Antoine Lyon-Caen, «La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ?», *Dt. Soc.* mars 1981, p. 287 et s. Philippe Langlois, «Le labyrinthe infernal du salarié licencié pour motif économique», *Dt. Soc.*, mars 1981, p. 290 et s.

56. Cf. Jean-Claude Javillier, «Permanences et remises en question dans le droit du licenciement», *Dt. Soc.*, mars 1981, p. 298 et s.

57. Cf. Jean Pélissier, «Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de Cassation», *Dt. Soc.* Mars 1986, pp. 179 et s.

Ainsi, il convient de relever que le contrôle que va exercer la Cour sur la qualification de «cause réelle et sérieuse» ne fait pas échec à la jurisprudence dite «de la perte de confiance» ou «la mésentente» qui consacre l'absence de possibilité de vérification du caractère réel de la cause du licenciement<sup>58</sup>. De fait, il est évident à l'étude de ces décisions que le contrôle de la Cour de Cassation reste compatible avec l'absence de contrôle des juges du fond sur la réalité de la cause du licenciement et qu'une cause totalement subjective peut constituer un motif admis de licenciement.

Dans le même esprit, il convient de relever qu'au delà du caractère réel de la cause de licenciement la Cour ne contrôle pas véritablement son caractère sérieux. Le critère de «l'insuffisance professionnelle» témoigne ici de la frilosité des juges qui se refusent de se substituer à l'employeur pour mesurer les conséquences du comportement du salarié sur le fonctionnement de l'entreprise<sup>59</sup>. Le droit conventionnel participe à cette orientation, le juge se refusant de contrôler le caractère sérieux d'un licenciement basé sur une clause contenue dans une Convention Collective<sup>60</sup>.

De ces orientations il est permis de regretter que la Cour de Cassation, loin de favoriser la capacité d'investigation des juges du fond, censure en réalité ceux qui s'efforcent de contrôler véritablement la seule cause alléguée par l'employeur. Le juge s'autocensure au motif que «l'employeur est juge, sauf détournement de pouvoir, des mesures les mieux appropriées pour redresser la situation de l'entreprise ou de l'aptitude de chacun de ses salariés pour atteindre ce résultat»<sup>61</sup>. Une fois encore les orientations, pourtant incontestables, d'une loi sociale ne sont pas respectées par les juges au nom de la sacro-sainte protection du pouvoir de direction.

## **2. L'INTERVENTION DU JUGE JUDICIAIRE DANS LE DROIT DU TRAVAIL CONTEMPORAIN : VERS UN CONTROLE ACCRU DU MOTIF DE LICENCIER ?**

L'importante réforme du licenciement avec les lois de 1973 et de 1975 n'a pas suffi à organiser un véritable contrôle du motif invoqué par l'employeur.

Les effets de la crise économique sur l'emploi ont amené le législateur et le juge à renforcer leur surveillance sur les pouvoirs de l'employeur dans la rup-

58. Voir par exemple : Cass. Soc. du 26 juin 1980, Dame Voisin in Bull. Cass. V, n° 573, p. 431. Cass. Soc. du 6/07/1983, Goupil, in Bull. Cass. V, n° 395 p. 281. Cass. Soc. du 22 octobre 1981, SARL SOCETAT, in Bull. Cass. V, n° 817, p. 607. Cass. Soc. du 29/02/1984, SA Delaunay Frères, in Bull. Cass. V, n° 76, p. 58. Voir sur ce thème : A. Chirez, «La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?», D. 1981, chron. p. 193. F. Gaudu, «Le licenciement pour perte de confiance», Dt. Soc. 1992, p. 32.

59. Cf. Cass. Soc. du 7/02/1980, Guéry, Bull. Cass. V n° 117, p. 88. Cass. Soc. du 11/02/1982, in Bull. Cass. V, n° 114.

60. Cf. Cass. Soc. du 11/01/1984, in Bull. Cass. V, n° 10, p. 8 → il convient de relever que cette décision apparaît contradictoire par rapport aux premières orientations suivies par la Cour après le vote de la loi de 1973.

Voir sur ce thème : Cass. Soc. du 18/12/1975, Polyclinique Ducuing, Bull. Cass. V; n° 619 ou Dalloz 1976, p. 210 note Jean Pélissier.

61. De nombreuses décisions confirment ces orientations. On lira sur ce thème : Cass. Soc. du 4/01/1980, S.A. SEFAC PROMOBA in Bull. Cass. V, n° 6, p. 5. Cass. Soc. du 31/05/1978, SO-LARET, D. 1979 p. 569 note Jean Pélissier.

ture de la relation de travail, y compris en aménageant de véritables alternatives à l'interruption brutale de la relation de travail.

### A) Le renversement progressif de la charge de la preuve

L'évolution des textes applicables ainsi que certains choix jurisprudentiels permettent de dégager une mutation significative dans les orientations suivies par les textes de 73 et 75.

La loi du 4 août 1982 relative aux «libertés des travailleurs dans l'entreprise» constitue la première traduction concrète de cette évolution<sup>62</sup> même si seule la faute du salarié susceptible de permettre un licenciement disciplinaire est prise en compte par la mise en place de garanties préalables au prononcé d'une sanction disciplinaire et par l'organisation de garanties procédurales facilitant un contrôle à posteriori de la rupture.

La loi de 1982 limite sensiblement le pouvoir normatif de l'employeur<sup>63</sup> celui-ci ne pouvant plus, comme précédemment, imposer toutes les règles qu'il juge utiles ou nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. S'il conserve le pouvoir de sanctionner, les salariés bénéficient désormais de sérieuses garanties tant au niveau du fond que dans la procédure.

Ainsi le **Règlement Intérieur** ne peut plus contenir que «des règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur»<sup>64</sup>.

Ce document doit aussi énoncer «les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés»<sup>65</sup>. Il est désormais possible de parler d'un véritable «contrôle de légalité» des normes patronales<sup>66</sup>.

Si le contrôle administratif semble privilégié par le Code du Travail<sup>67</sup>, il ne remet pas totalement en cause le pouvoir de contrôle du juge judiciaire<sup>68</sup>.

La Cour de Cassation reconnaît très clairement le fait que le Règlement Intérieur constitue «un acte juridique de droit privé»<sup>69</sup> permettant au juge judi-

62. J.O. du 6 août 1982. Cf. RPDS n° 452 - décembre 1982. «Un nouveau droit du travail» n° spécial de la Revue Dt. Soc. «Les réformes du Droit du travail depuis le 10 mai 1981», LGDJ 1982.

63. Le texte de 1982 intervient, en particulier, sur le Règlement Intérieur, acte unilatéral de l'employeur à la nature juridique controversée. Cf. G. Lyon-Caen, «Une anomalie juridique : le règlement intérieur», D. 1969, chron. p. 35. Bernard Saine, «L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise», LGDJ 1970. M. Cohen, «Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise», in Dt. Soc. 1980, p. 165. J. Rivero, «Note sur le règlement intérieur», Dt. Soc. 1979, pp. 1 et s. J. Péliissier, «Le règlement intérieur et les notes de service», Dt. Soc. 1982, p. 81.

64. Art. L. 122 - 34 du Code du Travail.

65. Art. L. 122 - 41 du Code du Travail.

66. Sur ce nouvel encadrement juridique du pouvoir patronal : A. Jeammaud, «Les contrôles de la légalité du règlement intérieur» in Dt. Soc. sept. 83 p. 520. J. Savatier, «Le contrôle administratif du règlement intérieur» Dt. Soc. 1987, p. 645 et s. G. Bachelier, «Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises» Dt. Soc. 1988, p. 785. J. de Claussade, «Le règlement intérieur et les droits de la personne», Dt. Soc. 1990, p. 201.

67. Art. L. 122 - 36 alinéa 3, L. 122 - 37 et L. 122 - 38 du Code du Travail. Cf. Y. Robineau, «Contrôle de l'inspecteur du travail sur le règlement intérieur de l'entreprise», in Bull. Soc. F. LeFebvre, nov. 1987. D. Chelle et X. Pretot, «Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise», AJDA 1989, p. 203.

68. Voir cependant : T.C. du 15/01/1968 in D. 1969, 2 - 2 note Auby sur le règlement intérieur d'une entreprise gérant un service public. Sur le problème des clauses modifiées par décision d'un inspecteur du travail, on lira : A. Jeammaud, «Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du Règlement Intérieur», Dt. Soc. 1985, p. 479 et s.

69. Cf. Cass. Soc. du 16/12/1992 Sté CEGELEC in D. 1993, p. 334 note X. Pretot, Dt. Soc. 1993 p. 267 note A. Jeammaud, Bull. Civ. V n° 602, RJS 1993 n° 148, p. 105.

Voir aussi : Cass. Soc. du 25/09/1991 Sté UNIGRAINS in Bull. Civ. V, n° 381 ou Rec. D. 1991, IR, p. 241.

ciaire de droit commun de connaître d'une action principale en nullité d'une de ses clauses. Il en résulte que le Conseil de Prud'hommes statuant sur la régularité d'une sanction disciplinaire peut être amené à s'interroger sur la légalité d'une clause insérée dans le règlement intérieur pour déterminer s'il y a eu faute du salarié.

Le juge judiciaire peut donc annuler une sanction individuelle prononcée par l'employeur en écartant l'application d'une clause du règlement qu'il juge irrégulière<sup>70</sup>.

Le **pouvoir disciplinaire**<sup>71</sup> de l'employeur est transformé en «droit disciplinaire», le législateur donnant, pour la première fois, une définition de la sanction disciplinaire<sup>72</sup>. Désormais la sanction doit être proportionnée à la gravité de la faute commise<sup>73</sup>. Cette évolution n'est pas sans conséquence sur la jurisprudence de l'employeur «seul juge», les juges recouvrant le pouvoir de juger, en particulier lorsque la sanction disciplinaire apparaît excessive eu égard aux faits reprochés au salarié<sup>74</sup>.

Sur le **plan procédural**, enfin, la loi de 82 organise une protection de portée plus générale que la loi de 73 qui ne traitait que de certains licenciements. Il faut cependant attendre **la loi du 30 décembre 1986** pour que la procédure disciplinaire et la procédure de licenciement pour motif personnel soient rapprochées l'une de l'autre sans qu'il ne soit possible de parler d'une unification<sup>75</sup>.

De fait si le législateur de 1986 vise, essentiellement, le licenciement pour motif économique, plusieurs dispositions importantes portent sur celui pour motif personnel<sup>76</sup>. Désormais, pour tout licenciement, quel qu'en soient le motif, la faute éventuellement commise, l'effectif de l'entreprise, l'ancienneté du salarié... il y aura application du principe du «contradictoire». L'entretien préalable est

70. Cf. Art. L. 122 - 37 alinéa 3 du Code du Travail.

71. Certains auteurs ont regretté que le texte de 1982 ne définisse pas le fondement même du pouvoir disciplinaire de l'employeur et donc ne permette pas de contrôler les abus possibles de ce pouvoir. Cf. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, «Droit du travail», Précis Dalloz, 1998, 19<sup>ème</sup> édition, n° 891 p. 850.

Sur les fondements controversés de ce pouvoir, on lira : F. Vennin-Domenach, «Pouvoir ou droit disciplinaire dans l'entreprise privée», Thèse Lyon 1973, pp. 47 et s. C. Puigelier, «Le pouvoir disciplinaire de l'employeur», Economica. M.C. Amauger-Lattes. «Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée», Thèse Toulouse 1992, Direction M. Despax.

72. Cf. Art. L. 122 - 40 du Code du Travail. J. Pélissier, «La définition des sanctions disciplinaires», Dt. Soc., sept. 1983, pp. 545 et s.

73. Cf. Art. L. 122 - 43 al. 2 du Code du Travail.

74. Signalons que les juges ne doivent pas seulement invoquer le caractère disproportionné d'une sanction par rapport à la faute commise mais qu'ils doivent aussi préciser en quoi la sanction est disproportionnée. Cf. Cass. Soc. du 23/04/1986 in Bull. Cass. V, p. 27. On lira : Jean Savatier, «Le contrôle du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982». Dt. Soc. Juin 1986, p. 501. Pierre Ortscheidt, «Droit disciplinaire et droit du licenciement», Dt. Soc. 1987, p. 11. Jean-Claude Javillier, «L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire», Dt. Soc. 1983, p. 537.

75. Signalons que l'enjeu essentiel de la loi de 1986 est d'organiser la suppression de l'autorisation administrative de licencier dans le cadre des licenciements pour motif économique. Cette évolution a entraîné un déclin important du contentieux administratif des licenciements économiques, le juge judiciaire ayant désormais compétence pour apprécier la réalité du motif économique. Cf. Francis Zapata, «La pratique du contentieux administratif du travail et de l'emploi», LITEC 1996, p. 173. Stéphane Carré, «Le contrôle prud'homal du licenciement économique», Thèse Nantes, 1993 et «Le contrôle prud'homal de la légitimité des licenciements économiques» Dt. Social Nov. 1993, p. 859 et s.

76. Cf. J.E. Ray, «Le nouveau droit du licenciement (1985 - 1987)», Dt. soc. sept. octobre 1987, pp. 664 et s.

systematisé, la lettre de licenciement doit prévoir l'énonciation des motifs et les conseils de prud'hommes sont responsables du contrôle de l'ensemble des licenciements<sup>77</sup>.

La loi du 2 août 1989 va parfaire cette évolution législative au point que certains auteurs ont pu parler de «l'harmonisation du droit du licenciement»<sup>78</sup>. Désormais les droits de la défense, le contradictoire et l'information deviennent des principes communs aux procédures de licenciement<sup>79</sup>.

Il est possible, à ce stade, de tenter de mesurer les apports de ces réformes successives (lois de 1982, 1986 et 1989) au regard des exigences fixées par la réforme de 1973.

Nul doute que le renforcement de l'obligation de produire un motif réel et sérieux de rupture en cas de licenciement personnel permet de restreindre l'exercice unilatéral du pouvoir de direction de l'employeur.

De fait, si la loi ne définit pas la notion de «motif réel et sérieux», le juge judiciaire en contrôle le contenu<sup>80</sup> et, désormais, le doute profite au salarié<sup>81</sup>.

Par suite l'organisation et la généralisation d'une procédure préalable de licenciement organisée légalement permet d'éviter la rupture brutale du contrat par l'effet de l'exercice discrétionnaire du pouvoir de direction de l'employeur<sup>82</sup>.

Il découle de cette évolution une véritable «individualisation» des droits des salariés qui n'étaient protégés auparavant que par des garanties collectives indirectes<sup>83</sup>.

L'évolution de la **jurisprudence** témoigne des apports de ces nouveaux textes. Bénéficiant de nouveaux supports juridiques, le juge judiciaire prolonge le travail législatif même si certaines de ses prises de position ne semblent pas traduire complètement les enjeux des réformes.

Ainsi, la Cour de Cassation exerce, de 1973 à 1985, un contrôle sur les qualifications de «causes réelles et sérieuses» retenues par les juges du fond. Quelles que soient les causes de licenciement invoquées par l'employeur, la Haute Cour va décider dans trois arrêts de décembre 1985 de ne plus contrôler que «les erreurs manifestes de qualification»<sup>84</sup>. Il est permis de regretter que cette évolution ne se soit pas accompagnée d'une véritable définition de la notion de

77. Cf. Alain Supiot, «Le contrôle prud'homal des licenciements économiques», Dt. Soc. n° 3, 1987, p. 268. Jacques Normand, «Le contentieux, nouvelles perspectives», Dt. Soc. 1987, p. 259.

78. Cf. Jean-Claude Javillier, «Les ambiguïtés de la loi du 2 août 1989», Actes du colloque du CEJEE de Toulouse, mai 1990, pp. 31 et s. Jean Péliissier, «L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement» Mélanges Lyon-Caen 1989, p. 350.

79. Cf. Myriam Ipcar, «Le nouveau droit du licenciement pour motif économique», Thèse Montpellier 1, 1992.

80. Art. L. 122 - 14 - 3 du Code du Travail.

81. Il s'agit là d'un des apports importants de la loi de 1989 : «Si un doute subsiste, il profite au salarié» (art. L. 122 - 14 - 3 alinéa 2). Cf. F. Favennec-Hery, «Licenciement, le dénouement de l'imbroglia probatoire», Dt. Soc. 1990, p. 185.

82. Cf. Marie-France Mialon, «Les pouvoirs de l'employeur», LGDJ, 1996, n° 119, p. 96.

83. Cf. A. Supiot, «Critique du droit du travail», PUF, 1994, p. 92.

84. Cf. Cass. Soc. du 10/12/1985, Tscheiller c. Office d'Hygiène sociale de Meurthe et Moselle. 11/12/1985, Sté d'Exploitation des Ets Charles Erba c. Arsac et 12/12/1985, Lefebvre c Burgaud in Dt. Soc., mars 1986, pp. 209 et s.

On lira : B. Boubli, «La notion d'erreur manifeste d'appréciation : une petite révolution sans le contrôle de la Cour de Cassation», in Semaine Sociale Lamy, n° 293 du 13/01/1986.

«cause réelle et sérieuse», les justiciables demeurant ici dans une véritable incertitude face à un risque grave de licenciement<sup>85</sup>.

Pourtant la mise en évidence d'exigences nouvelles caractérise l'abandon de la jurisprudence de l'employeur «seul juge».

La cause réelle se doit, ainsi, d'être «objective»<sup>86</sup>, le juge appauvrissant de fait la notion de «perte de confiance»<sup>87</sup>. Elle ne doit être contestée ni dans son existence<sup>88</sup>, ni dans son exactitude<sup>89</sup>. Ces progrès de la jurisprudence ne sont toutefois pas aussi évidents dans le domaine de l'étude du caractère «sérieux» de la faute où les solutions retenues prêtent toujours à controverses<sup>90</sup>.

Enfin, la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse incombe ni à l'employeur, ni au salarié, - conformément à la loi du 13 juillet 1973 - mais, à l'issue d'une procédure inquisitoire, le juge doit désormais faire prévaloir la demande du salarié «si un doute subsiste» encore<sup>91</sup>.

En outre, le juge dispose aujourd'hui de possibilités nouvelles pour former sa conviction, voire même pour écarter des éléments de preuve illicites dans leur construction<sup>92</sup>.

85. On peut constater ici les «tâtonnements» de la Cour qui invoque «l'absence d'erreur manifeste de qualification» (cf. note précédente) puis «le pouvoir souverain d'appréciation du juge du fonds» (Cass. Soc. du 9/10/1986, D. 1987, p. 3 Note G. Lyon-Caen) et enfin «les pouvoirs du juge liés à l'article L. 122 - 14 - 3 du Code du Travail (Cass. Soc. du 16/12/1986 in Dt. Soc. 1987, p. 91).

On lira : J. Savatier, «L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit elle être contrôlée par la Cour de Cassation», Dt. Soc. 1987, p. 357.

86. Le juge contrôle ici «les faits précis» susceptibles d'être vérifiés. Le motif invoqué doit être établi de manière explicite par l'employeur pour pouvoir justifier d'un licenciement. On notera cependant que cette exigence ne fait pas obstacle à la reconnaissance, comme cause réelle et sérieuse de licenciement, de «l'incompatibilité d'humeur» entre un employeur et un salarié (Cass. Soc. du 9/10/1991 in Jurisp. IUMM 1992, p. 12).

87. La «perte de confiance» a longtemps été admise par le juge comme motif de licenciement et cela malgré les critiques nombreuses de la doctrine. Désormais cependant la Cour présente les mêmes exigences d'objectivité que pour les autres motifs invoqués (Cass. Soc. du 29/11/1990, Fertray, in D. 1991, p. 190 note J. Pélissier).

Cf. A. Chirez, «La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ?» D. 1981, chron. p. 193. F. Gaudu, «Le licenciement pour perte de confiance», Dt. Soc. janv. 1992, pp. 32 et s. Valérie Foata, «Contribution à l'étude du motif personnel non fautif de licenciement», Thèse Nice 1997.

88. Cette orientation vient remettre en cause la jurisprudence antérieure de la Cour refusant de contrôler «les qualifications et aptitudes» reconnues par l'employeur. Celui-ci doit désormais avancer des manifestations précises de l'insuffisance professionnelle invoquée. Cf. Cass. Soc. du 17/12/1987 in Bull. Cass. V n° 745 ou du 10/03/1988 in Bull. Cass. V n° 167.

89. Le pouvoir d'investigation du juge est ici révélé. Loin de se satisfaire d'un motif apparent justifiant la rupture, il doit en rechercher la cause «dissimulée». Cf. Cass. Soc. du 28 avril 1994 in Dt. Soc. 1994, p. 719. On lira : Michel Rousseau, «La cause du licenciement», Thèse Rennes 1, 1994.

90. On constate que la décision de la Cour de Cassation de renoncer à contrôler les qualifications retenues s'accompagne d'une fragilisation des positions prises par les juges du fond qui, pour des situations voisines vont appliquer des solutions divergentes. Cf. Cass. Soc. du 18/12/1986 in Jur. Soc. 1987, F. 11 et du 11/12/1986 in Jur. Soc. 1987, F. 4.

91. Cf. Cass. Soc. du 16/06/1993 SARL Roty in Dt. Soc. 1993, p. 773 ou Rec. D. 1993, IR p. 174. Cette orientation a été jugée conforme à la Constitution : C. Const. du 25/07/1989 in J.O. du 28/07/89. Voir : Dt. Soc. 1989, p. 627.

On lira : G. Lyon-Caen, «La jurisprudence du Conseil Constitutionnel intéressant le droit du travail» D. 1989, ch. p. 289. X. Pretot, «La conformité à la constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion», Dt. Soc. 1989, p. 701.

Voir aussi : Françoise Favennec-Hery, «Licenciement : le renouvellement de l'imbroglia probatoire» in Dt. Soc. 1990, p. 178. A. Chirez et J. Labignette, «La place du doute dans le contentieux de la relation de travail» in Dt. Soc. 1997, p. 669. René Pautrat, «La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement», D. 1994, Chron. 337.

92. Voir, par exemple, la décision de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 20 novembre 1991 sur des enregistrements réalisés à l'insu des salariés in D. 1992, p. 75, concl. Chauny.

Les progrès du contrôle judiciaire du motif de licenciement apparaissent particulièrement significatifs. Pourtant ce contrôle semble plus difficile à appréhender lorsque le licenciement a une cause économique. Ici encore le contrôle du juge se renforce par le moyen de textes nouveaux dont la compréhension ne peut être perçue que dans leur environnement social.

## **B) La rupture aménagée ou l'alternative au licenciement : le juge protecteur de l'emploi**

La cause économique du licenciement apparaît particulièrement difficile à appréhender par le juge judiciaire. Les réformes de 1986 et de 1989 ne permettent pas d'améliorer ce contrôle. La suppression de l'autorisation administrative de licencier aggrave largement cet état de fait dans un contexte où l'emploi devient la préoccupation majeure des gouvernants.

L'évolution contemporaine du droit social se caractérise par la mise en place d'un régime juridique de plus en plus autonome où le juge de l'ordre judiciaire se substitue au juge administratif dans la garantie des droits des salariés licenciés pour motif économique<sup>93</sup>.

**La loi du 27 janvier 1993** constitue, en la matière, une étape significative<sup>94</sup>. La suppression de l'autorisation administrative de licencier s'accompagne d'une tentative pour mieux protéger les intérêts des salariés. Initiée par la loi de 1989, une orientation est renforcée par le nouveau texte qui adopte de nouvelles mesures pour favoriser le reclassement des salariés et qui va réputer «nulle et non avenue» la procédure de licenciement initiée sans que les représentants du personnel soient saisis d'un plan social<sup>95</sup>. Cette nouvelle exigence va considérablement renforcer l'intervention du juge judiciaire, 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 privées<sup>96</sup>.

Le juge judiciaire exerce donc désormais un double contrôle sur les licenciements économiques : un contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement et un contrôle de procédure. Ces deux orientations participent à renforcer, de fait, un contrôle du motif, affiché ou pas, de la décision prise par l'employeur. Le poids de ce contrôle est aujourd'hui particulièrement lourd pour des employeurs qui en viennent à regretter le contrôle administratif d'avant la réforme de 1986<sup>97</sup>.

Le contrôle **du motif économique** du licenciement par le juge judiciaire est facilité par les évolutions légales. Le nouvel article L. 321 - 1 du Code du Tra-

93. Cf. L. Mallet et F. Teyssier, «Sureffectif et licenciement économique» in Dt. Soc. 1992, p. 348 et s.

94. Cf. G. Couturier, «Plan social et mesures de reclassement» in Dt. Soc. 1993, p. 219 et s. X. Pretot, «Reclassement des salariés et contrôle de l'administration» RJS 1993, p. 87 et s. J. Péliissier, «Le contrôle des plans sociaux», RJS 8 - 9/94, chron. p. 563. Signalons aussi que la loi quinquennale pour l'emploi du 20 décembre 1993 participe aux orientations générales de ces textes en se fixant pour objectif : «le recours aux mesures alternatives au licenciement» (cf. Circ. CDE n° 94/20 du 7/06/1994).

95. Jean-Christophe Sciberras, «Naissance d'une loi : l'«amendement Aubry» sur les plans sociaux» in Dt. Soc. Mai 1994, p. 482. X. Pretot, «Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration», RJS fév 1993, p. 87.

96. Dans la décision de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 3 décembre 1996; S.A. Framatome, 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...»

Voir : Dt. Soc. 1996, p. 24, RJS 1/97 n° 24 concl. P. Lyon-Caen.

97. Cf. J.E. Ray, op. cit. p. 181 et s.

vail issu de la loi de 1989<sup>98</sup> permet de définir le licenciement économique sur la base de trois éléments : le motif n'est pas «inhérent à la personne du travailleur»<sup>99</sup>, il implique une «suppression d'emploi» celle-ci pouvant être liée à une transformation de l'emploi ou à la modification substantielle du contrat de travail<sup>100</sup>, la cause du licenciement doit être consécutive «notamment» à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques<sup>101</sup>. La précision relative de ces exigences tranche avec la période antérieure où la qualification du licenciement économique ne semblait pas évidente à établir.

La Cour de Cassation dispose désormais d'éléments plus fiables pour aboutir à une qualification sans ambiguïté. Le juge se trouve cependant confronté à la difficulté d'avoir à porter un jugement sur «le pouvoir de gestion» du chef d'entreprise alors que ce pouvoir d'appréciation ne lui est pas «officiellement accordé».

Le juge judiciaire ne va pourtant pas se priver d'intervenir sur ce terrain au point que certains auteurs ont pu considérer que «1986 - 1989 - 1995» constituaient 3 dates importantes dans le contentieux des licenciements pour motif économique<sup>102</sup> 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 avec deux arrêts importants de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation rendus le 5 avril 1995<sup>103</sup>.

Considérant que les difficultés économiques devaient être appréciées au regard de l'activité du groupe auquel appartient l'entreprise où s'organise la suppression d'emploi, le juge précise qu'une «réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité»<sup>104</sup>.

Le juge judiciaire se révèle, dans la pratique, «omniprésent» dans le contrôle du licenciement économique<sup>105</sup>.

98. Cet article reprend en particulier les orientations données par la direction européenne du 17 février 1975. M.J. Decais, «Procédures collectives et salariés non protégés : le contrôle du bien-fondé de leur licenciement», Dt. Soc. 1992, p. 670.

99. La jurisprudence antérieure à la loi de 1989 avait déjà initié cette orientation. → Cf. C.E. du 30 mars 1981 in Jurisp. UIMM 420 - 1981 p. 301 ou Cass. Soc. du 13 Juin 1979 in Bull. Cass. V, p. 386.

100. Cf. Cass. Soc. du 23 septembre 1992 SARL SALSION IL TEATRO, Dt. Soc. 1992, p. 924 ou D. 1992, IR p. 244.

101. Cette évolution entraîne la disparition des licenciements économiques «conjuncturels ou structurels» tels qu'ils résultaient du droit social antérieur à 1989.

Cf. M. Henry, «La notion de motif économique», in Dt. Soc. 1995, p. 551. J. Pélissier, «La cause économique du licenciement» in RJS 1992, p. 527. J.P. Laborde, «La cause économique du licenciement» in Dt. Soc. 1992, p. 774. Ph. Grangier et C. Sachs-Durand, «Le licenciement économique après la loi du 2 août 1989, première approche» in Dt. Ouvrier 1990, p. 165 et s.

102. Cf. Paul-Henri Antonmattei, «Le motif économique de licenciement», in Droit - Tome 5, «Les motifs de licenciement» LITEC 1996, p. 91.

→ Sur le problème particulier des procédures collectives, on lira : Patrick Morvan, «Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective» in Dt. Social 1998, p. 442 et s. J.M. Sportouch, «Les licenciements en cas de redressement et de liquidation judiciaire» in Dt. Soc. 1992, p. 980.

103. Cf. Cass. Soc. du 5/04/1995, TRW REPA et VIDEOCOLOR in JCP, ed. E n° 709, RJS 5/95 p. 321. Dt. Ouvr. 1995, p. 285. Dt. Soc. 1995 p. 488. D. 1995 p. 503, note M. Keller, RJS 5/95 n° 497.

104. Les deux décisions traitent aussi des possibilités de recherche de reclassement doivent être réalisées au niveau du groupe de société (voir suite).

105. Cf. J.E. Ray, «Droit du travail - Droit vivant», 1997, n° 254 p. 205.

Si la «réalité» du motif est rarement contestée<sup>106</sup>, son «sérieux» est beaucoup plus difficile à évaluer. Le contrôle de la Cour est particulièrement rigoureux, celle-ci affirmant que les juges du fond ne peuvent pas se limiter à énoncer qu'une simple baisse du chiffre d'affaires de l'employeur justifie un licenciement économique<sup>107</sup>.

Dans le même esprit, «un simple ralentissement des ventes<sup>108</sup>, une légère baisse d'activité<sup>109</sup>, une faible baisse du chiffre d'affaires<sup>110</sup>, le coût élevé d'un salaire parfaitement compatible avec la situation financière de l'entreprise<sup>111</sup>...» permettent d'écarter la qualification économique<sup>112</sup>.

Le juge ira même jusqu'à contrôler l'origine de certaines difficultés économiques pour déclasser le motif avancé<sup>113</sup> y compris en tenant compte de l'attitude de l'employeur dissimulant des éléments de preuve relatifs à ces difficultés<sup>114</sup>.

En outre, la Cour va au delà des motifs énumérés par la loi en considérant que la liste figurant à l'article L. 321 - 1 du Code du Travail n'est pas limitative<sup>115</sup>.

Ainsi la réorganisation de l'entreprise est admise à condition qu'elle permette de sauvegarder la compétitivité<sup>116</sup> et non uniquement de réaliser des bénéfices plus importants<sup>117</sup>.

Ce contrôle, par le juge judiciaire, du motif de licenciement économique témoigne de l'émergence du nouveau critère de «l'intérêt de l'entreprise» au détriment de celui de l'employeur «seul juge»<sup>118</sup>.

Il est utile de constater qu'alors que le Conseil d'Etat déniait à l'inspecteur du travail le droit de s'immiscer dans les options de gestion de l'employeur<sup>119</sup>, le

106. On verra cependant le cas célèbre de ce danseur des Folies Bergères licencié pour motif économique alors que l'enquête prud'homale avait révélé qu'il avait, en fait, été écarté en raison d'un motif personnel : son âge.

→ Cass. Soc. du 24/04/1990 Folies Bergères c. Frediani in Bull. Civ. V n° 181, D. 1990, IR 126, RJS 1990, 339 n° 479.

Voir aussi : Cass. Soc. du 20/03/1992, Le Bret sur un salarié licencié pour motif économique et remplacé. Cass. Soc. du 2/06/1993 Bonnefoy sur un salarié remplacé par plusieurs personnes dans l'entreprise (Dt. Soc. 1993 p. 678). Cass. Soc. du 7/10/1992 Olivier sur le remplacement d'un salarié par un bénévole (Dt. Soc. 1992, p. 923)...

107. Cass. Soc. du 12/12/1992 in RJS 2/92 n° 134.

108. Cf. Précis Dalloz, op. cit., n° 459, p. 486.

109. Cass. Soc. du 12/12/1991, SA SIC in RJS 2/92 n° 134 - Rec. D. 1992, IR p. 44.

110. Cass. Soc. du 22/02/1994.

111. Cass. Soc. du 24/04/1990, op. cit. 1994 L'EPARGNE DE FRANCE c. Boudet in Bull. Civ. V n° 95.

112. Situations citées par P.H. Antonmattei, op. cit. p. 95 n° 11.

113. On peut citer ici le cas de l'employeur organisant sa propre insolvabilité (Cass. Soc. du 9/10/1991, ADT c. Schuller in Dt. Soc. 1991, p. 791) ou organisant artificiellement ses difficultés financières (Cass. Soc. 12/01/1994 in RJS 1994, n° 134, p. 110).

114. Cass. Soc. du 17 Juin 1992, Poirier, in Dt. Soc. 1992, p. 709.

115. Cass. Soc. du 1/04/1992, Madrelle in Bull. Civ. V n° 223.

116. Cf. Cass. Soc. du 5/04/1995, op. cit. Cass. Soc. du 22 mai 1995 in Dt. Soc. 1995, p. 678. Cass. Soc. du 26/06/1996 in C.S.B. n° 83 p. 63. Cass. Soc. du 30/09/1997 Soc. Usine de Rosières in Dt. Soc. 1997, p. 1098.

117. Cf. Cass. Soc. du 26/11/1996, Soc. MHLP in RJS 3/97 n° 266 ou Cass. Soc. du 30/09/1997, Soc. Usine de Rosières, op. cit.

118. Cf. G. Couturier, «L'intérêt de l'entreprise», Etudes J. Savatier, 1992, p. 143.

juge judiciaire n'hésite pas aujourd'hui à apprécier les choix qu'il effectue dans la conduite économique de l'entreprise<sup>120</sup>.

Le contrôle du juge judiciaire sur la **procédure de licenciement économique** peut sembler, à priori, détaché du contrôle du motif de la rupture<sup>121</sup>. Pourtant, les exigences du juge en la matière permettent d'encadrer fortement le pouvoir de l'employeur et donc de réduire de manière significative sa liberté de choix dans le licenciement. De fait, si le motif d'origine peut ne pas être contesté par le juge... la décision de licencier peut, elle, être remise en cause.

L'intervention de la Cour de Cassation est ici particulièrement significative. La suppression de l'autorisation administrative de licencier en 1986 ne va pas être immédiatement compensée par le juge judiciaire. Celui-ci va, en effet, intervenir fortement dans l'analyse des licenciements individuels pour motif économique... tout en gardant une «certaine retenue» à l'égard des licenciements collectifs et des plans sociaux<sup>122</sup>.

En élargissant le contrôle judiciaire sur les plans sociaux, la loi du 27 janvier 1993 va placer l'obligation de reclassement au cœur du plan social. Les décisions qui vont suivre confirment cette orientation.

Au delà même du motif économique affiché, l'employeur est désormais tenu de répondre à deux obligations essentielles : **l'obligation de reclassement et le devoir d'adaptation**.

Cette orientation forte trouve son fondement dans l'arrêt de principe «EX-POVIT» où le juge affirme 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 emplois»<sup>123</sup>.

Au delà du contrôle du motif du licenciement c'est ici un véritable contrôle de l'attitude de l'employeur face à des difficultés économiques qu'organise le juge, la rupture de la relation de travail apparaissant comme l'ultime solution applicable<sup>124</sup>.

119. Sur cette idée, on lira : G. Lyon-Caen, «Les grands arrêts de droit de travail», Ed. Sirey, commentaires sur les arrêts 135 à 137 en particulier p. 388.

120. Les décisions refusant de considérer systématiquement qu'un motif d'économie constitue un motif économique témoignant de l'abandon définitif de la jurisprudence Brinon de 1956. Il convient de noter que les différentes procédures de licenciement prévoient systématiquement la contrainte pour l'employeur de l'obligation de motiver la mesure prise. De fait, une mesure imprécise dans sa motivation rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. du 29/11/1990 in Bull. Civ. V n° 598).

121. J. Savatier, «L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique» in Dt. Soc. 1990, p. 515. M. Despax, «L'ordre de licenciements dans les entreprises à établissements multiples» in Dt. Soc. 1994, pp. 243 et s. L. Mallet et F. Teyssier, «Ordre des licenciements et gestion des départs» in Personnel, Janvier 1993, p. 67. H.J. Legrand, «L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi» in Dt. Soc. 1995, p. 243. P.Y. Verkindt, «L'ordre des licenciements» in RJS 12/97, p. 811 et «La question de l'ordre des licenciements» in Dt. Soc. 1996, pp. 26 et s. Pierre Fadeuilhe, «L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique» Mémoire de DEA, Toulouse 1994. S. Niel, «Ordres et désordres du licenciement pour motif économique», L'Actualité fiduciaire n° 775; p. 42.

122. Cf. Philippe Waquet, «Le juge judiciaire et les plans sociaux» in Dt. Soc. Mai 1994, pp. 473 et s.

123. Cf. Cass. Soc. du 25/02/1992, EXPOVIT in Bull. Civ. V, n° 212 - RJS n° 4/92 n° 421. On lira : A. Lyon-Caen, «Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de Cassation», Sem. Soc. Lamy 1992, n° 596, p. 3.

124. Cf. Cass. Soc. du 1<sup>er</sup> avril 1992, Assurance mutuelle universitaire in Dt. Soc. 1992, p. 480.

C'est la qualification même de «licenciement économique» qui est ici en cause, le juge contrôlant véritablement le pouvoir de l'employeur dans ses choix de gestion<sup>125</sup>.

L'**obligation de reclassement**, confortée par la loi de 1993, ne va pas cesser d'être étendue par le juge. Ainsi la Cour de Cassation en vérifie le respect y compris en cas de rupture liée au refus de modification du contrat de travail pour motif économique<sup>126</sup>, quelques soient l'effectif de l'entreprise ou le nombre de salariés concernés<sup>127</sup>, et cela avant même que le licenciement soit prononcé<sup>128</sup>.

Le reclassement peut être lié à un processus d'adaptation du salarié<sup>129</sup> et porter sur des emplois inférieurs à la qualification professionnelle des emplois antérieurement occupés<sup>130</sup> y compris au sein du groupe auquel appartient l'entreprise<sup>131</sup>.

Dans le même esprit, **la détermination et le respect de l'ordre des licenciements** vont constituer un axe essentiel de l'intervention des juges<sup>132</sup>. Ce contrôle n'est pas neutre. L'employeur ayant la possibilité de licencier un salarié dont le poste n'est pas nécessairement supprimé<sup>133</sup>, le juge va veiller au respect des critères légaux<sup>134</sup> en l'absence de critères conventionnels.

Le contrôle du juge n'est pas aisé à mettre en œuvre même si la jurisprudence récente démontre sa volonté de ne pas laisser l'employeur user librement de son choix de dirigeant.

Ainsi, au delà du choix de l'un ou l'autre des critères que l'employeur peut privilégier<sup>135</sup>, il lui appartient d'en respecter l'ensemble et d'en communiquer au juge les éléments objectifs ayant guidé ses choix<sup>136</sup>. On retrouve cependant ici la dimension simplement indemnitaire du droit du travail. Après quelques hésitations<sup>137</sup>, la Cour en est arrivée à décider que toute inobservation des règles portant sur l'ordre des licenciements débouche sur une sanction uniforme, à savoir une indemnité correspondante au préjudice subi<sup>138</sup>.

125. Cf. Cass. Soc. du 12/12/1995 in Dt. Soc. 1996, p. 1996. Cass. Soc. du 5/03/1996, Halmi in RJS 4/96 n° 432.

126. Cf. Cass. Soc. du 30/09/1997, Soc. FLAGELECTRIC in Dt. Doc. 1997, p. 1096.

127. Cf. Cass. Soc. du 10/07/1995 Sté SIMO in Dt. Soc. 1995 p. 832 ou Rec. D. 1995, IR, p. 226.

128. Cf. Cass. Soc. du 22/02/1995, MNEF in Dt. Soc. 1995 p. 389 ou Cass. Soc. du 5/06/1996 SA IGET in Bull. Civ. V n° 227.

129. Cf. Arrêt EXPOVIT, op. cit.

130. Cf. Cass. Soc. du 4 avril 1995 in Dt. Soc. 1995, p. 510 ou Cass. Soc. du 27 mai 1997, Cardoco c. SA Pellerin, in RJS 7/97 n° 880.

131. Cf. Cass. Soc. du 2/04/1996 in RJS 5/96 n° 513.

132. Cf. Cass. Soc. Art. L. 321 - 1 - 1 du Code du Travail. Cf. F. Saramito, «L'ordre des licenciements», Dt. Ouvrier 1994, p. 221.

133. Cf. Cass. Soc. du 13/06/1996, SA Saunier Duval, in RJS 7/96 n° 776.

134. ... charges de famille, ancienneté, salariés âgés ou handicapés... (loi du 2/09/1989). → Cf. Ph. Waquet, «Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements» Dt. Soc. 1994, p. 677.

135. Cf. Cass. Soc. du 20/11/1963 in Dalloz 1964, p. 139 note G. Lyon-Caen.

136. Cf. Cass. Soc. du 14/01/1997, Soc. Parisienne de nettoyage in Dt. Soc. 1997, p. 159 note Lyon-Caen ou Gaz. Pal. du 5/02/1997, p. 60 note Philbert.

137. Cass. Soc. du 23/01/1996 BENNIS/COULTRONICS France in Dt. Soc. 1996, p. 483, RJS 3/96 n° 263, D. 1996 p. 250.

138. Cass. Doc. du 20/01/1998 Dupin c. Sapin in S.S. Lamy, n° 872, p. 10.

De fait, l'employeur qui ne respecte pas ici le Code du Travail ne risque que le versement de dommages et intérêts<sup>139</sup>.

Il est permis de considérer que le contrôle du juge ne permet pas de réduire tout risque d'arbitraire. Si les salariés peuvent obtenir une réparation importante en cas de licenciement ne respectant pas les critères établis<sup>140</sup>, ils ne peuvent obtenir du juge la reconnaissance de l'absence de «cause réelle et sérieuse»<sup>141</sup>. En outre, le choix de faire précéder le choix des salariés par l'action de reclassement dans la procédure de licenciement économique aboutit à écarter de leur emploi des salariés qui auraient pu être maintenus en poste sur la base du critère de «l'employabilité»<sup>142</sup>.

Enfin, **l'élaboration et le respect du plan social** ont permis de renforcer considérablement le rôle du juge dans le contrôle de la procédure et, de fait, dans le contrôle indirect du motif de la rupture.

Le juge judiciaire ne va pas hésiter à apprécier le caractère réel des mesures contenues dans le plan social<sup>143</sup>. Poursuivant sa demande en faveur de la recherche du reclassement des salariés, il va analyser le caractère déterminant des efforts de reclassement internes ou externes<sup>144</sup>, les mesures proposées par l'employeur devant être «concrètes et précises»<sup>145</sup>.

Le célèbre arrêt «SAMARITAINE» prolonge cette logique et témoigne de l'élargissement d'un contrôle judiciaire toujours plus minutieux<sup>146</sup> même si les moyens dont l'entreprise dispose constituent un élément objectif d'appréciation<sup>147</sup>. Il convient cependant de constater que si le juge judiciaire, ici le Tribunal de Grande Instance, est compétent pour apprécier la régularité et la réalité du plan social<sup>148</sup>, son contrôle ne peut le conduire à se prononcer sur la cause réelle et sérieuse du licenciement<sup>149</sup>.

139. Notons, en outre, que si l'établissement des critères doit intervenir à chaque opération de licenciement (Cass. Soc. du 8/04/1992, in Bull. V n° 260), leur mise en œuvre est écartée si une suppression de poste est envisagée sans décision de licenciement (Cass. Soc. du 3/12/1996, IBM in Dt. Soc. 1997, p. 105) ou lorsque le licenciement concerne tous les salariés d'une entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle (Cass. Soc. du 27 mai 1997, Rabia Ferradi in Dt. Soc. 1997, p. 744).

140. Cass. Soc. du 14/01/1997, op. cit.

141. De nombreux auteurs contestent cette orientation de la jurisprudence. On lira, en particulier : G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, «Droit du travail» Précis Dalloz, 1998, note 6, p. 458 : «Dans la mesure où le salarié a été licencié alors qu'il n'aurait pas dû faire partie de la liste des licenciés, il a été licencié sans cause réelle et sérieuse. Il existe peut être une cause justifiant un certain nombre de licenciements pour motif économique, mais cette cause ne justifie pas son propre licenciement».

142. Cf. P.Y. Verkindt, «Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ?» Dt. Social 1994, p. 467. Cass. Soc. du 2/03/1999, DASSAULT c. CE DASSAULT, RJS 4/99.

143. Cf. J. Pélissier, «Le contrôle des plans sociaux» in RJS 8-9/94, p. 566. C. Guirlet, «Contrôle judiciaire des plans sociaux» Semaine Sociale Lamy, 1994, n° 681 p. 31. A. Lyon-Caen, «La raison des juges» Liaisons Sociales 2/1994, p. 52.

144. Cf. CA de Reims, Moët et Chandon, du 23/11/1993 in Liaisons Soc. n° 69690 - CA de Paris du 30/11/1993, SA EVERITE, in Jurisp. Soc. n° 94/568 p. 17 et Cass. Soc. du 17 mai 1995, EVERITE in Dt. Soc. 1995, p. 570, RJS 1995 n° 632, JCP ed. E, I, n° 478 - Dt. Ouvrier 1995, p. 286.

145. Cf. Cass. Soc. du 10/06/1997, SA VESTRA in Dt. Soc. 1997, p. 980.

146. Cf. Cass. Soc. du 13/02/1997, Grands magasins de la Samaritaine c. CE et syndicat CGT Samaritaine, RJS 3/97 n° 268, Philippe de Caigny : «Insuffisance du plan social, nullité de la procédure des licenciements» Dt. Soc. 1997, p. 249.

147. Cf. Cass. Soc. du 30/09/1997, Broussaud in Dt. Soc. 1997 p. 1103. Cass. Soc. du 12/11/1997, SA TECHNOMED international in CSB n° 96, p. 21.

148. Cf. Cass. Soc. du 3/12/1996, FRAMATOME, in RJS 1/97 n° 23 ou Cass. Soc. du 12/11/1996, TIMO BREIZ in RJS 12/96 n° 1249. Cass. Soc. du 30/03/1999, ELEFPA c. BERTHELIN, AJS 5/99.

149. Cf. Cass. Soc. du 12/11/1996, ABG SEMCA, in Dt. Soc. 1997 p. 107 obs. Gilles Belier ou RJS 12/96 n° 1250.

A l'inverse le juge n'hésite pas à annuler le plan social lorsque sa mise en place ou son contenu ne sont pas conformes au droit social<sup>150</sup>. De fait, si des ruptures de contrats de travail ont eu lieu, l'annulation de la procédure entraînant la nullité de toutes les mesures qui en découlent<sup>151</sup>, il y aura lieu d'organiser «une remise en l'état» et donc la réintégration des salariés en cause<sup>152</sup>. La procédure devra être entièrement reprise si l'employeur souhaite maintenir les licenciements<sup>153</sup>.

Enfin d'autres obligations participent de cette volonté d'éviter les licenciements : conventions de conversion<sup>154</sup>, priorité de réembauchage<sup>155</sup>...

Toutes témoignent de la forte implication du juge judiciaire dans le contrôle du pouvoir de licencier de l'employeur et de sa volonté d'intervenir très directement dans la recherche du maintien de l'emploi<sup>156</sup>.

C'est un véritable droit de l'alternative au licenciement qui s'organise tant au niveau légal qu'au niveau de la jurisprudence<sup>157</sup>.

## CONCLUSION

«Le juge et l'entreprise»<sup>158</sup>, «l'employeur et le juge»<sup>159</sup>... l'évolution contemporaine du droit de licencier, dans un contexte économique difficile, se situe au cœur des débats qui se développent, souvent de manière conflictuelle entre le monde judiciaire et le monde de l'entreprise<sup>160</sup>.

Encadré par une législation abondante, contrôlé par l'administration du travail, limité par l'intervention des représentants du personnel... 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 de l'employeur<sup>161</sup>.

150. Cf. Tiannot Grumbach, «Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine» in Dt. Soc. 1997, pp. 331 et s. G. Couturier et J. Pélissier «Nullité du plan social» - Débat sur l'arrêt Samaritaine - Semaine Sociale Lamy, 3 mars 1997, p. 3.

151. Cf. Arrêt Samaritaine, op. cit. → Pour la situation avant la loi de 1993, sur le problème de «la nullité du licenciement», on lira : Bernard Gauriau, Thèse Paris 1, 1992.

152. Concernant l'affaire Samaritaine, il convient de noter que direction et syndicats ont signé un accord d'entreprise destiné à définir les modalités d'accords individuels permettant de résoudre, sans recours à la procédure, les conditions de la reprise du travail et indemnités diverses» (cf. Liaisons Soc. C3 n° 7679 du 2 Juin 1997).

153. Cass. Soc. du 18 mars 1997, Dandy, Dt. Soc. 1997 p. 540. Cass. Soc. du 8/07/1997, Plasco in Dt. Soc. 1997, p. 982.

154. Sur la possibilité (ou non) de contester le motif économique de la rupture en cas d'adhésion à une convention d'allocation spéciale FNE → Cass. Soc. du 27/01/1994, Pomona, in Bull. Civ. V n° 33.

155. Cas. Soc. du 26/01/1994, SA Créations FUSALP, in Bull. Civ. V, n° 31 et Dt. Soc. 1994, p. 277.

156. C'est véritablement un contrôle judiciaire de «l'exécution» du plan social qui se met en place, le juge vérifiant si les engagements de sauvegarde de l'emploi pris par l'employeur sont, ou non, exécutés de bonne foi. → Cas. Soc. du 6 mai 1998 in RJS 6/98, n° 715.

157. Cf. Françoise Favennec-Hery, «Licenciement pour motif économique : contrôle ou contournement», Mélanges Blaise, Economica 1995, pp. 209 et s.

158. Cf. Philippe Waquet, «Le juge et l'entreprise» in Dt. Soc., Mai 1996, p. 472.

159. Cf. Hubert Thiébault, «L'employeur et le juge» in Dt. Soc., février 1997, p. 133 et s.

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

161. Cf. Hubert Thiébault, op. cit. p. 133.

Cette évolution n'est pas neutre. Elle traduit clairement l'évolution du rapport salarial vers de nouvelles logiques contemporaines<sup>162</sup>. De simple acteur passif de la vie de l'entreprise, le salarié voit son rôle et son autonomie se développer jusqu'à devenir un véritable acteur de «l'entreprise-communauté» à laquelle il participe. Il doit désormais s'impliquer dans son activité au point d'en subir les risques y compris eu égard aux mutations de l'environnement économique<sup>163</sup>.

Il doit, en outre, veiller à sa propre santé et à sa sécurité<sup>164</sup>, gérer et s'adapter à l'évolution de son propre emploi<sup>165</sup> voire même participer aux procédures susceptibles de garantir la survie de l'entreprise<sup>166</sup>.

L'employeur ne pouvait se situer en marge de cette évolution. Ses responsabilités dans le domaine de l'emploi paraissent désormais évidentes et le juge ne fait qu'en prendre acte en organisant les adaptations nécessaires d'un droit souvent confus<sup>167</sup>. L'employeur doit, dans sa gestion économique, s'efforcer de maintenir le salarié dans l'emploi<sup>168</sup>, le licenciement ne constituant plus désormais qu'une décision ultime ne pouvant intervenir qu'en l'absence de toute autre alternative.

Sans aller jusqu'à parler de remise en cause du pouvoir de décision de l'employeur, ce dernier se voit désormais contraint d'assumer une pleine responsabilité sociale.

Le rôle joué par le juge paraît ici essentiel. Face à des textes complexes, et dans le contexte d'une situation de l'emploi qui reste désespérante, son intervention n'a que faiblement remis en cause l'appréciation par l'employeur du motif économique de licenciement, respectant ainsi son pouvoir de gestion<sup>169</sup>.

A l'inverse la rigueur du contrôle du juge dans le cadre du respect des procédures et de l'établissement du plan social témoigne de sa volonté de veiller au respect du devoir de l'employeur «d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi»<sup>170</sup>. Cette orientation forte n'est pas sans lien avec les commentaires qui ont suivi la réforme de l'autorisation administrative de licenciement débouchant sur des ruptures nombreuses parce que désormais non encadrées.

Ce risque juridique réel justifie l'intervention de juges qui en contrôlant la nécessité de supprimer des postes, les possibilités de reclassement, l'ordre des licenciements, la priorité de réembauchage<sup>171</sup>... ne font que donner leur pleine portée aux textes sur le licenciement, en particulier à la loi du 27 janvier 1993<sup>172</sup>.

162. Cf. Michel Mine, «Où va le droit du travail», Panoramiques, Ed. Corlet, 1998, p. 103. Francis Meyer et Corinne Sachs-Durand, «Le droit collectif du travail» Ed. Peter Lang, 1994.

163. Cf. la participation aux résultats de l'entreprise (art. L. 444 - 3 du Code du Travail), les rémunérations variables...

164. «obligation de vigilance» du salarié...

165. mobilités professionnelles, formation, modification du contrat de travail.

166. Cf. souscription d'actions émises par des sociétés créées par les salariés pour racheter leur entreprise dans le cadre du régime légal du RES.

167. Cf. Dominique Balmay, «Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?» in Dt. Soc. Février 1998, pp. 131 et s.

168. adaptations, mutations, reclassements...

169. Cf. Alain Coeuret, «Le droit en toute licence» in «Voyage au pays de l'arbitraire. La justice au travail» Ed. de l'Atelier, 1996.

170. Cf. Cass. Soc. du 25/02/1992, EXPOVIT, op. cit.

171. Cf. J.-Jacques Badeigts, «De motif en motif», Panoramique, ed. Corlet 1998, p. 107.

172. Cf. Ph. Waquet, «Intervention au colloque de Paris VI du 14/03/1997» in Liaisons Sociales n° 7568 du 15/05/1997.

Il serait excessif de considérer que la Cour de Cassation tente de substituer une autorisation juridictionnelle de licenciement à la défunte autorisation administrative<sup>173</sup>. L'enjeu pour la Haute Juridiction est avant tout de maintenir un haut niveau de protection au profit de salariés malmenés par la crise à un moment où la défense collective des salariés n'a jamais été, à l'instar des structures syndicales, aussi affaiblie<sup>174</sup>.

Cette orientation du juge correspond à la volonté d'inscrire la jurisprudence dans une fonction normative pour en faire un véritable instrument de la transformation du système juridique<sup>175</sup>. Le droit de licencier devient alors «un droit d'équilibre» où la flexibilité est admise au travers de la reconnaissance du concept de «réorganisation - compétitivité» préservant l'intérêt de l'entreprise mais où l'employeur est responsabilisé par «l'obligation de reclassement»<sup>176</sup>.

L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement témoigne de l'importance contemporaine du rôle social des juges de l'ordre judiciaire. Ils ne sont pas, comme l'affirmait Montesquieu, «la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur»<sup>177</sup>. Ils tendent, comme l'affirmait François Geny, «à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en vue des fins suprêmes du droit»<sup>178</sup>.

Jean-Michel LATTES  
(Avril 1999)

173. Ce problème reste au cœur de l'actualité sociale avec le débat récurrent sur le rétablissement de l'autorisation administrative de licencier. → Cf. Philippe Baverel, «Les allers et retours de la liberté de licencier» in *Le Monde* du 26 Février 1997. Michel Noblecourt, «Le gouvernement veut «renforcer la sécurité juridique» des licenciements in *Le Monde*, Novembre 1997, D. Balmay op. cit. in *Dt. Soc.* p. 137 (B - Quatre interrogations pour une réforme). Jean-Michel Bezat, «Le gouvernement renonce à réformer le droit de licenciement» in *Le Monde* 19 novembre 1998.

174. Cf. J.E. Ray «Droit du travail, Droit vivant», op. cit., p. 36.

175. Sur ce mouvement, on lira : Antoine Jeammaud, «Le droit du travail en changement. Essai de mesure», *Dt. Soc.* Mars 1998, p. 211.

Sur l'évolution possible, liée à l'influence européenne, on lira : Gérard Couturier, «Quel avenir pour le droit de licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne ?» in *Dt. Soc.*, Janvier 1997, pp. 75 et s.

176. Cf. Bernard Boubli, «Le juge, la norme et le droit du travail» in «Les sources du droit du travail» PUF 1998, pp. 29 et s. P. Langlois, «La Cour de Cassation et le respect de la loi en droit du travail» *D.* 1997, chr. 45.

177. Cf. Montesquieu, «L'esprit des lois» (XI, 6). Voir : S. Goyard-Fabre, «Montesquieu, la nature, les lois, la liberté» PUF 1993. J. Carbonnier, «Parenthèse sur Montesquieu : à propos d'un livre» in *Essai sur les lois*, Defresnois 1995, pp. 225 - 229.

178. Cf. François Geny, «Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif» Sirey 1899, Préf. R. Saleilles. «Science et technique en droit privé positif» Sirey 1914 - 1924.

## Notes bibliographiques

- Antonmattei P.H., Le motif économique de licenciement, Droit, Tome 5. Les motifs de licenciement, LITEC 1996.
- Amauger-Lattes M.C., Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée. L'irréductible pouvoir disciplinaire. Thèse Toulouse, 1992, direction M. Despax.
- Aubert-Monpeyssen Th., Subordination juridique et relations de travail, Ed. CNRS, 1988.
- Auby, Note sur T.C. du 15/01/1968, D. 1969, 2-2.
- Audinet, Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973, JCP 1973. 26661.
- Bachelier G., Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises, Dt. Soc. 1988, p. 785.
- Badeigts J.J., De motif en motif, Panoramique, Ed. Corlet 1998, p. 107.
- Balmay D., Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?, Droit Social Février 1998, p. 131.
- Baverel Ph., Les allers et retours de la liberté de licencier, Le Monde du 26/02/1997.
- Baud J.P., L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Seuil 1993.
- Belier G., Obs. sur Cass. Soc. du 12/11/1996, Dt. Soc. 1997, p. 107.
- Bezat J.M., Le gouvernement renonce à réformer le droit de licenciement, Le Monde du 19/11/1998.
- Bonnetete M.C. (avec G. Lyon-Caen), La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, Dt. Soc. 1973, p. 493. Les problèmes posés par l'application de loi du 13 juillet 1973, JCP 74, ed. CI, II, 11439.
- Boubli B., La notion d'erreur manifeste d'appréciation : une petite révolution sans le contrôle de la Cour de Cassation, Semaine Sociale Lamy, n° 293 du 13/01/1986. Le juge, la norme et le droit du travail, les sources du droit du travail, PUF 1998, p. 29.
- Brethe de la Gressaye (avec Legal), Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Sirey 1938.
- Brun A., La jurisprudence en droit du travail, Grands Arrêts, Sirey 1967.
- Caigny (de) Ph., Insuffisance du plan social, nullité de la procédure des licenciements, Dt. Soc. 1997, p. 249.
- Camerlynck G.H., De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, JCP 1958, ed. G, I, 1425.  
(avec G. Lyon-Caen), Droit du travail, Précis Dalloz, 1975.
- Carbonnier J., Les biens, PUF 1980, Parenthèse sur Montesquieu : à propos d'un livre, Essai sur les lois Defresnois 1995.
- Carré S., Le contrôle prud'homal du licenciement économique, Thèse Nantes 1993.  
Le contrôle prud'homal de la légitimité du licenciement économique, Dt. Soc. Nov. 1993, p. 859.
- Châtelain M.E., Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code Civil, TDC 1904, p. 388.
- Chelle (avec X. Pretot), Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise, AJDA 1989, p. 203.
- Chauvy, Conclusion sur Cass. Soc. du 20/11/1991, D. 1992, p. 75.
- Chevalier L., Classes laborieuses, classes dangereuses, à Paris pendant la 1<sup>ère</sup> moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, Plon, 1958.
- Chirez A., La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? D. 1981, chr. 193.  
(avec Labignette J.), La place du doute dans le contentieux de la relation de travail, Dt. Soc. 1997, p. 669.
- Claussade (de) J., Le règlement intérieur et les droits de la personne. Dt. Soc. 1990, p. 201.
- Coeuret A., Le droit en toute licence, Voyage au pays de l'arbitraire - La justice au travail, Ed. de l'Atelier 1996.
- Cohen M., Le licenciement, RPDS, mars 1975, p. 69.
- Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, Dt. Soc. 1980, p. 605.
- Couturier G., Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?, Dt. Soc. 1978, SP 78.  
L'intérêt de l'entreprise, Etudes J. Savatier 1992, p. 143.  
Le contrôle des plans sociaux, RJS 8-9/94, p. 566.  
Plan social et mesures de reclassement, Dt. Soc. 1993, p. 219.  
Quel avenir pour le droit de licenciement ?, Perspectives d'une régulation européenne, Dt. Soc. 1997, p. 75.  
(avec J. Péliissier) Nullité du Plan Social. Débat sur l'arrêt Samaritaine, Semaine Sociale Lamy, mars 1997, p. 3.
- Decais M.J., Procédures collectives et salariés non protégés : le contrôle du bien-fondé de leur licenciement, Dt. Soc. 1992, p. 670.
- Despax M., L'entreprise et le droit, Thèse Toulouse, LGDJ 1956.  
L'entreprise en droit du travail, Ann. Faculté de droit de Toulouse, tome XIII, 1965, p. 127.

- Droit du travail et transformations sociales, Mélanges Cabrillac, Librairies Techniques, 1969, p. 143.
- (avec J. Pélissier), La gestion du personnel. Aspects juridiques, Ed. Cujas 1974.
- L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples. Dt. Soc. 1994, p. 243.
- Devèze J., Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse Toulouse 1980.
- Dondoux, Conclusion sur CE du 5/05/1976, Dt. Soc. 1976, p. 346.
- Conclusion sur CE du 18/02/1977, Dt. Soc. 1977.
- Conclusion sur CE du 27/04/1979, Dt. Soc. 1979, p. 199.
- Duguit L., Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, Alcan, 1911.
- Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Alcan 1920.
- Dupeyroux J.J., Droit du licenciement : deux lois ne font pas une législation cohérente, Le Monde du 18/02/1975, p. 18.
- Durand P., Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail, JCP 1944, I, p. 387.
- Le particularisme du droit du travail, Dt. Soc. 1945, p. 298.
- Traité de droit du travail, tome 2, 1947, p. 866.
- Rapport sur la notion de l'entreprise, Travaux de l'Ass. Henri Capitant, t. 3, 1947, p. 45.
- Favennec-Héry F., La preuve en droit du travail, Thèse Paris X - Nanterre, 1983.
- Licenciement, le dénouement de l'imbroglia probatoire, Dt. Soc. 1990, p. 185.
- Licenciement pour motif économique : contrôle ou contournement, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 209.
- Foata V., Contribution à l'étude du motif personnel non fautif de licenciement, Thèse Nice 1997.
- Gaudemet Y., Nouvelles décisions de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation sur l'étendue du contrôle judiciaire en matière de licenciement économique, in Dt. Soc. 1986, p. 380.
- Gaudu F., Le licenciement pour perte de confiance, Dt. Soc. 1992, p. 32.
- Gauriau B., La nullité du licenciement, Thèse Paris 1, 1992.
- Geny F., Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Sirey 1899.
- Science et technique en droit privé positif, Sirey 1914 - 1924.
- Goyard-Fabre S., Montesquieu, la nature, les lois, la liberté, PUF 1993.
- Grangier (avec C. Sachs-Durand), Le licenciement économique après la loi du 2 août 1989, première approche, Dt. Ouvrier 1990, p. 165.
- Groutel H., Le licenciement : problèmes et incertitudes, Dunod 1972.
- Grumbach T., Observations paradoxales sur l'évolution de la jurisprudence relative à la loi du 13 juillet 1973, Dt. Soc. 1981, pp. 373.
- Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine, Dt. Soc. 1997, p. 331.
- Guirlet C., Contrôle judiciaire des plans sociaux, Semaine Sociale Lamy, 1994, n° 681 p. 31.
- Hauriou M., Principes du droit public, 1910.
- Précis de droit administratif, 1927.
- Précis élémentaire du droit administratif, Sirey 1938.
- Hébraud P., Le juge et la jurisprudence, Mélanges Paul Couzinet, Presses de l'Université Toulouse 1, 1974, p. 329.
- Henry M., La notion de motif économique, Dt. Soc. 1995, p. 551.
- Huguency J., Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, Thèse Paris 1948.
- Ipcar M., Le nouveau droit du licenciement pour motif économique, Thèse Montpellier 1, 1992.
- Javillier J.C., Permanences et remises en question dans le droit du licenciement, Dt. Soc. mars 1981, p. 298.
- L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, Dt. Soc. 1983, p. 537.
- Les ambiguïtés de la loi du 2 août 1989, Actes du colloque du CEJEE de Toulouse, mai 1990, p. 31.
- Jammaud A., note in D. 1977, J. 544.
- Les contrôles de la légalité du règlement intérieur, Dt. Soc. sept. 83 p. 520.
- Séparation des pouvoirs et action en nullité du Règlement Intérieur, Dt. Soc. 1985, p. 479.
- Note sur Cass. Soc. du 16/12/1992, Dt. Soc. 1993, p. 267.
- Le droit du travail en changement. Essai de mesure, Dt. Soc. 1998, p. 211.
- Keller M., Note sur Cass. Soc. du 5/04/1995, D. 1995, p. 503.
- Laborde J.P., La cause économique du licenciement, Dt. Soc. 1992, p. 774.
- Langlois P., Le labyrinthe infernal du salarié licencié pour motif économique, Dt. Soc. mars 1981, p. 290.
- «La Cour de Cassation et le respect de la loi en droit du travail» D. 1997, chr. 45.
- Laroque J., Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, Etudes G.H. Camerlynck, 1978, p. 27.
- Lattes J.M., Le travail : objet de propriété ? «Propriété et Révolution», Ed. du CNRS 1990, p. 221.
- L'Encyclique Rerum Novarum et son influence sur la mise en place du droit du travail au XX<sup>ème</sup> siècle, Novembre 1991, Ed. Mame, p. 127.
- Le licenciement, Ed. L'Hermès, 1997.

- Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés, tome 5, collect. «Histoire, Gestion, Organisations», Presses de l'Université Toulouse 1, Octobre 1997, p. 261.
- Désinsertion professionnelle et droit du travail, Actes du colloque du M.A.I.S., Toulouse, Février 1998, p. 93.
- Le corps du salarié, colloque «Le corps saisi par le droit», Université Toulouse 1 (à paraître).
- Legal (avec Brethe de la Gressaye), Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Sirey 1938.
- Le Goff J., Du silence à la parole, Calligrammes - La Digitale, 1985, p. 39.
- Legrand H.J., L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi, Dt. Soc. 1995, p. 243.
- Lemaître F., Les chefs d'entreprise s'inquiètent du rôle croissant des juges face aux plans sociaux, Le Monde du 19/11/1998.
- Letartre Y., note sur Cass. Soc. du 19/01/1977, D. 1978, p. 153.
- Levasseur, note sur Cass. Soc. du 31/05/1956, D. 1958, p. 21.
- Lyon-Caen A., La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ?, Dt. Soc. mars 1981, p. 287.
- Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de Cassation, Sem. Soc. Lamy 1992, n° 596, p. 3.
- La raison des juges, Liaisons Sociales 2/1994, p. 52.
- Lyon-Caen G., Note sur Cass. Soc. du 20/11/1963, D. 1964, p. 139.
- Une anomalie juridique : le règlement intérieur, D. 1969, chron. p. 35.
- Du rôle des principes généraux du droit civil en Droit du travail, Rev. Trim. Dr. Civ. 1974, p. 234. (avec G.H. Camerlynck), Droit du travail, Précis Dalloz, 1975.
- La fraude à la loi en matière de licenciement, Dt. Soc. avril 1978, p. 67.
- Les grands arrêts du droit du travail, Sirey 1980.
- Note sur Cass. Soc. du 9/10/1986, D. 1987, p. 3.
- La jurisprudence du Conseil Constitutionnel intéressant le droit du travail, D. 1989, ch. p. 289.
- Note sur Cass. Soc. du 14/01/1997, Dt. Soc. 1997, p. 159.
- (avec J. Péliissier et A. Supiot), Droit du travail, Précis Dalloz 1998.
- Lyon-Caen P., conclusion sur Cass. Soc. du 3/12/1996, RJS 1/97, n° 24.
- Mallet L. (et Teyssier F.), Sureffectif et licenciement économique, Dt. Soc. 1992, p. 348.
- Ordre des licenciements et gestion des départs, Personnel, Janvier 1993, p. 67.
- Meyer F., Le corps humain en droit du travail, Thèse Strasbourg, 1985.
- (avec Corinne Sachs-Durand), Le droit collectif du travail ?, Ed. Peter Lang, 1994.
- Mialon M.F., Les pouvoirs de l'employeur, LGDJ 1996.
- Mine M., Où va le droit du travail, Ed. Corlet 1998, p. 103.
- Montesquieu, L'esprit des lois.
- Morvan P., Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective, Dt. Soc. 1998, p. 442.
- Murcier P., Le conflit des logiques. Le terrain des faits et celui du droit, Action juridique CFDT n° 11, sept. - oct. 1979.
- Naude F., Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement, Dt. Soc. mars 1973, p. 137.
- Niel S., Ordres et désordres du licenciement pour motif économique, L'Actualité fiduciaire 775, p. 42.
- Noblecourt M., Le gouvernement veut «renforcer la sécurité juridique» des licenciements, Le Monde, Novembre 1997.
- Normand J., Le contentieux, nouvelles perspectives, Dt. Soc. 1987, p. 259.
- Ollier P., Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail, in Dt. Social 1967, p. 490.
- Le contrôle du motif économique de licenciement, Dt. Social, Avril 1978, SP 29.
- Olszak Norbert, Histoire du droit du travail, PUF, Que sais-je ? n° 3450, Avril 1999.
- Ortscheidt P., Droit disciplinaire et droit du licenciement, Dt. Soc. 1987, p. 11.
- Pautrat R., La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, D. 1994, Chron. 337.
- Péliissier J. (avec M. Despax), La gestion du personnel, Aspects juridiques, Cujas, 1974.
- La réforme du licenciement, Sirey 1974.
- Les licenciements pour motif économique, D. 1975, p. 135.
- Premières orientations de la Cour de Cassation sur la notion de cause réelle sérieuse de licenciement, Dt. Soc. 1977, p. 21.
- Le nouveau droit du licenciement, Sirey 1977.
- Note sur Cass. Soc. du 23/06/1976 et CA de Reims du 28 mai 1975, Dt. Soc. 1977, p. 21.
- Le licenciement et les autres modes de rupture de la relation de travail, Dt. Soc. avril 1978, p. 5.
- Observations à propos de la notion de licenciement individuel, Etudes Camerlynck, 1978, p. 83.
- Note sur Cass. Soc. du 31/05/1978, D. 1979, p. 569.
- Le règlement intérieur et les notes de service, Dt. Soc. 1982, p. 81.

- La définition des sanctions disciplinaires, Dt. Soc. 1983, p. 545.  
 L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement, Mélanges Lyon-Caen 1989, p. 350.  
 Note sur Cass. Soc. du 29/11/1990, D. 1991, p. 190.  
 La cause économique du licenciement, RJS 1992, p. 527.  
 Le contrôle des plans sociaux, RJS 8 - 9/94, chron. p. 563.  
 Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de Cassation, Dt. Soc. 1996, p. 179.  
 (avec G. Couturier), Nullité du plan social. Débat sur l'arrêt Samaritaine, Semaine Sociale LA-MY, mars 1997, p. 3.  
 (avec Lyon-Caen et A. Supiot), Droit du travail, Précis Dalloz 1998.  
 Philbert, note sur Cass. du 14/01/1997, Gaz. Pal. 5/02/97, p. 60.  
 Pretot X. (avec D. Chelle), Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise, AJDA 1989, p. 203.  
 Note sur Cass. Soc. du 16/12/1992, D. 1993, p. 334.  
 La conformité à la constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, Dt. Soc. 1989, p. 701.  
 Reclassement des salariés et contrôle de l'administration, RJS 1993, p. 87.  
 Puigelier C., Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, Economica.  
 Ray J.E., Droit du travail - Droit vivant, Ed. Liaisons 1997.  
 Le nouveau droit du licenciement (1985 - 1987), Dt. Soc. sept. octobre 1987, p. 664.  
 Rivero J., Note sur le règlement intérieur, Dt. Soc. 1979, p. 1.  
 Robineau Y., Contrôle de l'inspecteur du travail sur le règlement intérieur de l'entreprise, Bull. Soc. F. Lefebvre, nov. 1987.  
 Rongère P., La réforme du droit du licenciement, Economie et Humanisme, sept. - oct. 1973, n° 213 p. 44.  
 Rouast A., note sous Cass. Civ. du 18 mars 1930, DI, p. 71.  
 Rousseau M., La cause du licenciement, Thèse Rennes 1, 1994.  
 Sachs-Durand C. (avec Ph. Grangier), Le licenciement économique après la loi du 2 août 1989, première approche, Dt. Ouvrier 1990, p. 165.  
 (avec F. Meyer) Le droit collectif du travail, Ed. Peter Lang, 1994.  
 Saine B., L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise, LGDJ 1970.  
 Salvaire J., Du licenciement non motivé, ou... le silence est d'or, Gaz. Pal. 1969, I, doct. p. 11.  
 Saramito F., L'ordre des licenciements, Dt. Ouvrier 1994, p. 221.  
 Savatier J., Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques, Dt. Social, avril 1978, p. SP 39.  
 Les effets, dans les rapports entre le travailleur et l'employeur, de l'annulation d'une autorisation administrative de licenciement pour motifs économiques, Dt. Soc. décembre 1980 p. 499.  
 Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dt. Soc. 1982, p. 2.  
 Le contrôle du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982, Dt. Soc. Juin 1986, p. 501.  
 Le contrôle administratif du règlement intérieur, Dt. Soc. 1987, p. 645 et s.  
 L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de Cassation ?, Dt. Soc. 1987, p. 357.  
 L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique, Dt. Soc. 1990, p. 515.  
 Sciberras J.-Ch., Naissance d'une loi : l'« amendement Aubry » sur les plans sociaux, Dt. Soc. 1994, p. 482.  
 Sinay H., Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel, Dalloz 1972, p. 241.  
 Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973, Dt. Soc., Avril 1978, p. 22.  
 Sportouch J.M., Les licenciements en cas de redressement et de liquidation judiciaire, Dt. Soc. 1992, p. 980.  
 Supiot A., Le juge et le droit du travail, Thèse Bordeaux I, 1979.  
 Le juge et le droit du travail. Compte rendu d'une recherche, Dt. Soc. 1987, p. 268.  
 Critique du droit du travail, PUF 1994, p. 74.  
 (avec G. Lyon-Caen, J. Péliissier), Droit du travail, Précis Dalloz, 1998.  
 Teyssier F. (avec L. Mallet), Sureffectif et licenciement économique, Dt. Soc. 1992, p. 348.  
 Ordre des licenciements et gestion des départs, Personnel, Janvier 1993, p. 67.  
 Thiébault H., L'employeur et le juge, Dt. Soc., février 1997, p. 133.  
 Thomas G., La réforme du licenciement d'après les 75 premières décisions de jurisprudence, RPDS, mars 1975, p. 69.  
 La réglementation des licenciements pour motif économique, RPDS, Juillet 1975 p. 197.  
 Venezia J.C., Le pouvoir discrétionnaire, DGDJ, 1958, p. 108.  
 Vennin-Domenach F., Pouvoir ou droit disciplinaire dans l'entreprise privée, Thèse Lyon 1973.  
 Verdier J.M., Sur le nouveau droit du licenciement, Dt. Soc. 1976, p. 1.  
 Verkindt P.Y., Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ?, Dt. Social 1994, p. 467.  
 La question de l'ordre des licenciements, Dt. Soc. 1996, p. 26.

L'ordre des licenciements, RJS 12/97, p. 811.  
Waquet Ph., Le juge judiciaire et les plans sociaux, Dt. Soc. Mai 1994, p. 473.  
Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements, Dt. Soc. 1994, p. 677.  
Le juge et l'entreprise, Dt. Soc. Mai 1996, p. 472.  
Intervention au colloque de Paris VI du 14/03/1997, Liaisons Sociales n° 7568 du  
15/05/1997.  
Zapata F., La pratique du contentieux administratif du travail et de l'emploi, LITEC 1996.