

**Université Nancy 2
CERIT-CRDP**

**Recherche réalisée sous la direction
de Catherine Marraud et Frédéric Géa**

**Programme analytique sur l'argumentation
judiciaire en droit du travail.
*La justification de la prémisse normative***

Rapport final

(Février 2008)

par Frédéric GÉA

MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE

CONVENTION DE RECHERCHE n° 25.10.10.06

Avant-propos

par Catherine Marraud et Frédéric Géa

Le présent rapport de recherche est l'œuvre de M. Frédéric Géa, qui en est l'auteur exclusif.

La **première partie**, intitulée « *Investigations dans le champ des décisions d'appel en droit du travail* », est le résultat d'un travail collectif dans le cadre du CERIT-CRDP.

Plusieurs chercheurs ont participé très activement au travail de repérage et d'identification des arguments dans le cadre des arrêts rendus par les chambres sociales de Cours d'appel. Outre Mme Catherine Marraud et M. Frédéric Géa, il s'agit, tout particulièrement, de Mme Alexia Gardin, Mme Yonka Gasser, M. Yann Leroy et Mlle Anne-Lise Zabel.

Les analyses développées dans le cadre de cette première partie, si elles ont été nourries par le travail de l'ensemble des membres impliqués dans ce programme de recherche, sont de la responsabilité de M. Géa. Elles n'engagent bien entendu en aucune manière les autres chercheurs investis dans l'analyse des décisions judiciaires d'appel.

Que tous les chercheurs qui se sont, d'une façon ou d'une autre, investis dans ce volet extrêmement lourd du programme de recherche, soient vivement remerciés pour leur implication.

Nos remerciements s'adressent également aux informaticiens du Centre de Ressources Informatiques (C.R.I.) de l'Université Nancy 2 qui ont permis la mise en place d'un dispositif informatisé permettant de réunir et de catégoriser les données obtenues sur la base de l'examen des arrêts rendus par les chambres sociales des Cours d'appel.

La **seconde partie**, qui a pour titre « *Investigations dans le champ des rapports et conclusions publiés en droit du travail* », est, en revanche, le résultat de recherches menées uniquement, et de façon strictement individuelle, par M. Frédéric Géa.

INTRODUCTION

Ce programme de recherche a pour objet l'argumentation judiciaire en droit du travail.

Notre ambition consistait à identifier les arguments, raisons ou autres éléments qui justifient, dans le discours des magistrats, les propositions normatives auxquelles s'adossent ou que mettent en œuvre leur raisonnement. L'optique retenue se veut strictement descriptive, et non normative ou prescriptive. Il s'agissait de savoir quelle(s) forme(s) prenait, dans les discours judiciaires pris pour objet d'analyse, la justification de ces propositions ou de ces choix normatifs.

Deux ensembles de *corpus* principaux ont été soumis à analyse.

Le premier se rapporte aux décisions rendues par les Chambres sociales des Cours d'appel en France. L'étude de plusieurs milliers de décisions – plus de dix mille – a été menée collectivement, à partir d'une grille d'analyse qui n'a cessé de se transformer et de s'enrichir au fur et à mesure de l'avancement de la recherche et des réunions de travail qui l'ont jalonnée.

Le second ensemble de discours examinés – par l'auteur du présent rapport, exclusivement – est celui des rapports et conclusions (ou avis) rédigés par des conseillers de la Cour de cassation et des avocats généraux à l'occasion d'une affaire soumise à la Chambre sociale. Les rapports et conclusions (ou avis) étudiés sont ceux qui ont fait l'objet d'une publication dans une revue juridique.

Ce sont les résultats de cette double enquête, collective et individuelle, qui sont présentés dans le cadre du présent rapport de recherche.

Partie I – Investigations dans le champ des décisions d'appel en droit du travail

Partie II – Investigations dans le champ des rapports et conclusions publiés en droit du travail

PARTIE I. INVESTIGATIONS **DANS LE CHAMP DES DÉCISIONS D'APPEL** **EN DROIT DU TRAVAIL**

L'examen des décisions d'appel françaises de droit du travail révèle que la justification par l'argumentation – disons la justification « argumentée » – occupe une part relativement marginale dans la motivation de ces décisions, lorsque l'on se focalise sur la justification de la prémisse normative du raisonnement. Elle n'est toutefois pas inexistante ; loin s'en faut (**Section 1**). Ce constat ne conduit néanmoins à s'interroger sur ce qui constitue le mode de justification de la prémisse normative du raisonnement que privilégient les magistrats d'appel dans leurs arrêts. La clef de l'énigme se trouve, en réalité, dans les arrêts eux-mêmes (**Section 2**). Un regard porté sur les décisions rendues par les Cours du travail, en Belgique, apportera, par contraste, un éclairage complémentaire quant au mode de justification mis en oeuvre les chambres sociales des Cours d'appel françaises (**Section 3**).

Section 1. La part marginale de la justification « argumentée » de la prémisse normative dans les arrêts des Cours d'appel en droit du travail

Cette section est consacrée à la manière dont se trouvent mis en oeuvre dans les décisions rendues par les chambre sociale des Cours d'appel les arguments visant à justifier ou fonder la prémisse normative du raisonnement retenu par les magistrats dans leur décision.

Seront ainsi, successivement, abordés : l'argument littéral ou linguistique (§ 1), la référence à la volonté du législateur (ou de l'auteur du texte) (§ 2), l'argument systématique (ou systémique) (§ 3), l'argument téléologique (§ 4), l'argument dit de l'effet utile (§ 5), l'argument conséquentialiste ou pragmatique (§ 6), la lettre et l'esprit (§ 7), les arguments logiques (§ 8). Nous ajouterons à cette liste un argument dont le statut voire même l'identité, disons-le clairement, sont sujets à caution – que nous nommerons argument « réaliste » (§ 9), et envisagerons ensuite les références faites à la jurisprudence de la Cour de cassation (§ 10), aux arrêts des Cours d'appel (§ 11) ainsi qu'à la doctrine (§ 12).

C'est un *état des lieux* que nous proposons, dans une optique descriptive. Il ne s'agira pas, ici, d'évaluer la pertinence de ces arguments, raisons ou éléments, mais de les pointer dans le raisonnement mis en oeuvre par les Cours d'appel et de caractériser l'usage qui en est fait, le cas échéant.

§ 1. L'argument littéral ou linguistique

L'on décèle, dans les arrêts rendus par les chambres sociales des Cours d'appel, une tendance forte, au plan de leur motivation, à faire découler la règle juridique, à laquelle s'adosse le raisonnement, d'un texte du Code du travail, généralement d'une disposition légale. Dans certains cas, il faut en convenir, ce rattachement semble assez artificiel. Il est alors difficile d'en conclure dans ces hypothèses que les magistrats ont invoqué un argument linguistique ou

littéral. Dans d'autres cas, c'est véritablement une argumentation linguistique qui se trouve mise en avant.

L'arrêt *Denis Bailliard c./ SA Senelar Larson Juhl*, rendu le 28 octobre 2005, par la Cour d'appel de Douai peut être cité dans la catégorie de ces décisions qui mobilisent un argument littéral, sans nécessairement d'ailleurs le désigner tel. Dans cette affaire, le salarié avait été licencié, non pas le 17 janvier 1997, comme les autres salariés dans le cadre d'un licenciement économique collectif, mais quatre mois plus tard, le 20 mai 1997, et soutenait que son licenciement ne participait pas du licenciement collectif mis en œuvre, dès lors qu'il lui avait été notifié « au-delà du délai de 30 jours qui sert de décompte du nombre de salariés licenciés », et qu'il constituait un licenciement économique individuel, devant être précédé d'un entretien préalable¹. Cet entretien n'ayant pas eu lieu, le salarié prétendait ainsi que son licenciement était irrégulier et sollicitait une indemnisation à ce titre. La chambre sociale de la Cour d'appel de Douai rejettera cette prétention et fera valoir, en se prévalant de la lettre de l'article L. 321-4 du Code du travail², que la notion de licenciement économique collectif d'au moins dix salariés n'implique pas que les licenciements soient prononcés dans un délai de trente jours, mais qu'ils aient été envisagés dans ce délai :

« Attendu toutefois que comme le soutient l'employeur, aucun délai n'est prévu par l'article L. 321-4 du Code du Travail pour prononcer, dans le cadre d'un licenciement collectif, le licenciement d'un salarié *dès lors que ce licenciement a été "envisagé" dans une période de trente jours* à compter du moment où le plan social est devenu définitif³ ; que dès lors, le licenciement [du salarié] qui a bien été envisagé dès l'origine, mais a simplement été différé, n'est pas irrégulier »⁴.

Remarque : l'intérêt de cette décision, dans le cadre de notre programme, tient, non seulement au fait que les magistrats mettent en avant un argument littéral, qu'ils tirent de l'utilisation par le législateur, notamment dans l'article L. 321-4 du Code du travail, du terme « envisagé », mais également au constat que, comme le souligne expressément l'arrêt, cette argumentation était celle développée par l'employeur. Ainsi perçoit-on au travers de cette décision (parmi d'autres) que l'argumentation retenue par les magistrats est quelquefois toute droit issue de l'argumentation développée par l'une des parties au procès.

Nombreuses sont les décisions d'appel qui laissent entendre que l'interprétation retenue « se déduit » de la substance même du texte pris en considération.

¹ Cette argumentation se fondait notamment sur le dernier alinéa de l'article L. 122-14 du Code du travail, d'où il résulte que les règles de convocation à l'entretien préalable et de déroulement de celui-ci « ne sont pas applicables en cas de licenciement pour motif économique de dix salariés et plus dans une même période de trente jours lorsqu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel ».

² Lequel énonce, notamment : « Lorsque le nombre de licenciements *envisagés* est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit (...) adresser aux représentants du personnel des mesures ou le plan de sauvegarde de l'emploi défini à l'article L. 321-4-1 qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourra être évité ».

³ On ne discutera pas ici, dans la mesure où est totalement étrangère à notre propos, la question de savoir quel est le point de départ du délai de 30 jours, que la Cour d'appel de Douai fixe au « moment où le plan social est définitif ». Cette affirmation n'en apparaît pas moins sujette à caution.

⁴ CA Douai 28 oct. 2005, *Denis Bailliard c./ SA Senelar Larson Juhl*.

Les extraits suivants en témoignent :

« Il est indiscutable que les stations services figurent au nombre des établissements admis de droit par l'article L. 221-4 du code du travail à déroger à la règle du repos dominical, et à donner le repos hebdomadaire par roulement »⁵.

« En vertu de l'article L. 324-11-1 du Code du travail, le salarié auquel un employeur a eu recours en violation des dispositions de l'article L. 324-10 du même code concernant le travail dissimulé a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire qui ne se cumule pas avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement »⁶.

« si pour le calcul des droits à congés payés l'article L. 223-4 du Code du travail prévoit que la période de suspension du contrat de travail pour accident du travail est assimilée à une période de travail, c'est toutefois à la double condition d'avoir été interrompue et de ne pas avoir excédé la durée d'une année ; qu'il en résulte que pour les autres cas la période de suspension du contrat de travail pour accident du travail n'est pas assimilée à du temps de travail »⁷.

« Qu'il résulte des dispositions de l'article L 212-2-2 du code du travail que seules peuvent être récupérées les heures perdues par suite d'interruptions collectives du travail pour les motifs suivants limitativement énumérés : intempéries, force majeure, inventaire, ou chômage d'un ou deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos. Qu'il doit en être déduit que les fluctuations saisonnières ou cycliques d'activité ne peuvent donner lieu à récupération »⁸

Il arrive que la motivation de la décision judiciaire laisse, en quelque sorte, percer l'idée que les magistrats ne sauraient se laisser « distraire », pour reprendre le terme employé par la Cour d'appel de Douai, par les parties de ce que les textes semblent prescrire.

Attendu que "l'employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ..." (art. L 122-14-1 du Code du travail) ; qu'il "est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre" (art. L 122-14-2 du même code), motifs qui, en cas de contestation, fixent les limites du débat de sorte que le juge ne peut tenir compte d'aucun autre ;

Que sauf exception étrangère à la présente espèce, "aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en eu connaissance" (art L 122-44 du code) ; que les faits antérieurs à deux mois peuvent seulement être pris en considération pour apprécier la gravité de ceux postérieurement intervenus ou révélés ;

Que la faute grave, qualification en l'espèce avancée, s'entend de celle procédant d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié constituant une violation des obligations du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée limitée du préavis ;

Que "le juge à qui il appartient d'apprécier... le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ... Si un doute subsiste, il profite au salarié" (art. L 122-14-3) ;

⁵ CA Besançon 18 oct. 2005, *Antonio Ponturo c./ Brigitte Knab*.

⁶ CA Bordeaux 23 nov. 2006, *Jacques Loizeau c./ SA Société nouvelle de robinetterie industrielle*.

⁷ CA Chambéry 18 nov. 2006, *SAEM Sibra c./ Robert Bornaghi*.

⁸ CA Colmar 14 sept. 2006, *Nermin Hoxha c./ SARL Eval*.

Attendu qu'en l'état de ces principes, les longues explications liminaires des parties sur leurs mérites comparés, ne sauraient distraire la Cour de la démarche première lui incombant⁹, à savoir : la vérification de la réalité des faits visés dans la lettre de licenciement ;

Attendu que le refus de la nouvelle organisation - que confirme d'ailleurs une attestation de M. Xavier GEORGE - a constitué une nouvelle contestation par M. Denis AVOCAT de l'autorité de celui qui était à la fois son supérieur hiérarchique et son père, qu'il tenait d'évidence pour trop âgé et devant passer la main à ses fils, ainsi qu'il transparaît de ses explications ; que ce refus a été constitutif d'une faute justifiant le licenciement litigieux (...) »¹⁰.

Ce qui frappe l'observateur, c'est que, bien souvent, la norme juridique servant de prémisse normative au raisonnement des magistrats est présentée comme une déduction immédiate du texte pris en considération, comme si celui-ci ne donnait pas lieu à interprétation. En somme, les motivations font implicitement place au présupposé – éminemment discutable, d'un point de vue théorique – selon lequel considérer qu'un texte est clair n'implique pas elle-même une interprétation préalable (alors que la clarté est la résultante d'une opération d'interprétation).

Contentons-nous d'une illustration, relative à une décision de la Cour d'appel de Lyon :

« Il résulte des dispositions de l'article L 122-14-16 du Code du travail que le licenciement par l'employeur du salarié inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département, chargé d'assister des salariés convoqués par leurs employeurs en vue d'un licenciement, est soumis à la procédure prévue par l'article L 412-18 du dit Code, et encourt la nullité, dès lors que ce licenciement est intervenu sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail ou de l'autorité qui en tient lieu.

L'article D 122-3 du Code du travail énonce, d'une part, que la liste des conseillers est arrêtée par le préfet et publiée au recueil des actes administratifs du département, et d'autre part, que cette liste est tenue à la disposition des salariés dans chaque section d'inspection du travail et dans chaque mairie.

Il s'ensuit que, dès lors que la liste est établie par le préfet et publiée au recueil des actes administratifs, les inscriptions qu'elle comporte sont opposables à tous, et en particulier à l'employeur d'un conseiller qui y est inscrit, la loi n'exigeant aucune notification particulière à cet employeur »¹¹.

Bien d'autres décisions pourraient être citées où les magistrats se fondent sur une règle qu'ils s'attachent à justifier en faisant ressortir les termes employés par le législateur.

Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 14 avril 2006 en fournit une très bonne illustration, puisque c'est en se référant explicitement au choix des mots utilisés dans la disposition légale interprétée que les juges entendent ici justifier la solution retenue :

« L'article L 122-1-1 du code du travail autorise la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée pour le remplacement d'un salarié. Le remplacement de plusieurs salariés n'entre pas dans les prévisions de cet article.

Les autres articles régissant les contrats à durée déterminée font également référence au remplacement d'un salarié: il en va ainsi de l'article L 122-1-2 dernier alinéa qui fait référence à "un salarié absent" ou à "la personne remplacée" de l'article L 122-3-1 qui exige que soient portés au contrat le nom et la qualification de "la personne remplacée", de l'article L 122-3-7

⁹ Souligné par nous.

¹⁰ CA Douai 31 mai 2005, *Denis Avocat c./ SA Sadtem*.

¹¹ CA Lyon 15 déc. 2005, *Société Pierret et fils SA c./ Hervé Bonnin*.

qui évoque le cas d'"un salarié temporairement absent" et de "la personne à remplacer", de l'article L 122-3-10 qui fait état de contrat conclu "pour remplacer un salarié absent" »¹².

Prenons ensuite l'arrêt *SARL Menuiserie Sifferlin c./ Didier Wattaut* rendu par la Cour d'appel de Colmar le 8 décembre 2005. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges décideront que, lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-14-4 du Code du travail sont réunies, l'irrégularité du licenciement (en l'occurrence, l'absence de convocation du salarié à un entretien préalable au licenciement) ouvre droit pour le salarié à une indemnité, à ce titre, d'un montant maximal d'un mois de salaire, en soulignant que ce plafond découle, à leurs yeux, du texte de l'article précité :

« Que s'étant affranchi de [l'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable au licenciement], l'employeur a méconnu les dispositions légales protectrices des droits du salarié et lui a ainsi causé un préjudice, dont l'indemnisation "ne peut être supérieure à un mois de salaire", conformément aux dispositions de l'article L. 122-14-4 du code du travail »¹³.

Nous pourrions multiplier à l'envi les illustrations où ce type d'argumentation se trouve mise en avant. Pour s'en tenir à quelques exemples, l'on retiendra les exemples tirés...

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry :

« (...) En l'espèce, s'agissant du remplacement d'une salariée absente, l'employeur pouvait donc conclure un contrat de travail à durée déterminée, soit comportant un terme précis, soit sans terme précis, mais qui se serait alors achevé par le retour effectif de la salariée remplacée. *Le fait que le législateur ait employé le verbe pouvoir, et non le verbe devoir, au paragraphe III de l'article L.122-1-2, démontre que s'agissant du remplacement d'un salarié absent, le terme du contrat peut être précis ou imprécis. Il s'agit, pour l'employeur, d'une possibilité et non d'une obligation* : «il peut (le contrat à durée déterminée) ne pas comporter un terme précis...» »¹⁴.

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai :

« Attendu que selon l'article L. 511-1 alinéa 1er du Code du Travail, "les Conseils de Prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient" et "jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti" ; que la compétence du Conseil de Prud'hommes s'étend à tous les différends individuels nés du contrat de travail de droit privé ; Attendu que "le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources" (article L. 761-2 alinéa 1e` du Code du travail) ; que cet article ne mentionne que les "publications" et "agences de presse" ; que les personnes contribuant à l'information à la radio ou à la télévision ne sont donc pas visés par ce texte ; que néanmoins elles sont assimilées à des journalistes par la loi n° 82-652 du 29 Juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (...) »¹⁵.

¹² CA Douai 14 avril 2006, *Amélie Dely c./ Association Adar-Agardom*.

¹³ CA Colmar 8 déc. 2005, *SARL Menuiserie Sifferlin c./ Didier Wattaut*. En caractères italiques dans le texte original.

¹⁴ CA Chambéry 19 janv. 2006, *Société C.E.C. Compagnie européenne Chaussure – Chassland c./ Roselyne Vulliez*. Souligné par nous.

¹⁵ CA Douai 30 sept. 2005, *SARL Radio 6 c./ M. Dutertre*.

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 2 janvier 2006 :

« Attendu que l'article L 122-3-8 du code du travail prévoit que la salariée dont le contrat de travail a été rompu de manière anticipée hors les cas prévus par la loi a droit à des dommages-intérêts d'un montant *au moins égal* aux rémunérations qu'elle aurait perçues jusqu'au terme du contrat ; *que donc l'indemnisation peut être supérieure à ce montant* »¹⁶

... et d'un autre arrêt rendu par cette même cour le 5 juillet 2006 :

« Le contrat du 2 novembre 2001 indique que Mme Lieber-Johannes avait la qualification de "responsable d'exploitation" et le précédent contrat précise qu'elle avait la qualification de "responsable d'exploitation niveau 1".

M. ROUX estime que la mention de la qualification de la salariée qu'il a remplacée, figurant sur le deuxième contrat est insuffisante en ce qu'elle ne précise pas "niveau 1".

Le grief fait par l'appelant audit contrat n'est pas fondé, *l'article L 122-3-1 du Code du Travail n'exigeant pas la mention de la classification en application de la Convention Collective mais uniquement celle de la qualification* »¹⁷

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Metz :

« Attendu que l'article L 212-4 alinéa 3 sur lequel Monsieur JAMAN fonde sa réclamation énonce que : "Lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties, soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif" ;

Attendu que selon ce texte, la compensation financière que Monsieur JAMAN, qui est astreint au port d'une tenue de travail, sollicite au titre du temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage doit être déterminée par convention ou accord collectif ou, à défaut, par le contrat de travail ;

Attendu que Monsieur JAMAN qui est soumis au statut des agents de la SNCF ne revendique pas l'existence d'un contrat de travail le liant à son employeur ;

Attendu par ailleurs que Monsieur JAMAN ne se prévaut d'aucune convention ou accord collectif ayant déterminé la compensation financière dont il sollicite le paiement et il ne soutient ni ne démontre que la SNCF aurait refusé de négocier une telle convention ou un tel accord ;

Attendu en conséquence et dans la mesure où la compensation financière susceptible de revenir à un salarié au titre des opérations d'habillage et de déshabillage doit être fixée par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail, Monsieur JAMAN ne peut, sur le fondement de l'article L 212-4 alinéa 3 du code du travail, obtenir paiement d'une indemnité au titre du temps d'habillage et de déshabillage »¹⁸.

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers :

« Le Conseil de Prud'hommes a déduit des dispositions de l'article L 514-1 du Code du Travail que le temps consacré par Monsieur REVIRIEGO à ses fonctions juridictionnelles devait être

¹⁶ CA Grenoble 2 janv. 2006, *Stéphanie Cirdelois c./ SA Bourg Distribution*. Souligné par nous.

¹⁷ CA Grenoble 5 juill. 2006, *Frédéric Roux c./ SA Vinci Park Services*. Souligné par nous.

¹⁸ CA Metz 29 mai 2006, *SNCF c./ Christian Jaman*.

assimilé à un temps de travail effectif, ce pourquoi il a fait droit à sa demande en paiement d'heures supplémentaires.

Cependant, il résulte du texte susvisé que seul le temps passé en-dehors de l'entreprise pendant les heures de travail par les conseillers prud'hommes du collège salarié pour l'exercice de leurs fonctions est assimilé à une durée de travail effectif pour la détermination de certains droits, et que leurs absences de l'entreprise pour l'exercice de leurs fonctions n'entraînent aucune diminution de leurs rémunérations et des avantages y afférents (...) »¹⁹.

... d'un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse :

« Attendu que le licenciement ne peut être justifié aux termes de l'article L. 321-1 du code du travail par un motif économique que si la suppression de l'emploi invoquée résulte notamment de difficultés économiques ou de mutations technologiques; que *l'utilisation de l'adverbe notamment implique* la possibilité d'admettre le licenciement pour motif économique lorsque la suppression de la totalité des emplois comme l'a fait la société Mécanique Générale Nascimben le 11 décembre 2002, résulte nécessairement de la cessation d'activité de l'entreprise dès lors qu'elle ne provient pas de la faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur »²⁰.

De telles motivations mettent en œuvre, sans que cela soit expressément avoué, de l'argument dit du sens clair du texte. Mais l'on trouve un certain nombre de décisions dans lesquelles cet argument est affiché comme tel, à travers une référence aux « termes clairs » de la disposition interprétée.

Par exemple :

« L'alinéa 2 de l'article D 143-2, qui n'a pas été modifié par le décret du 24 juillet 2003, précise que le montant maximum de la garantie prévu à l'article L 143-11-8 "s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement ...prononçant la liquidation judiciaire".

La limite de la garantie de l'AGS est applicable à toutes les créances confondues du salarié qui comprennent le principal ainsi que les accessoires que sont les intérêts de retard dus en application de l'article 1153 du code civil.

C'est par une analyse incorrecte que le CGEA estime que la "nature" du plafond de garantie (mais pas son "montant") doit être déterminée à la date du prononcé de la liquidation judiciaire.

En effet, *il ressort des termes clairs de l'article D 143-2 du code du travail* que c'est bien le montant maximum de la garantie de l'AGS, (dont la nature n'a pas changé avec le décret du 24 juillet 2003), qui s'apprécie à la date d'exigibilité de la créance du salarié. Or ce montant est fonction de deux paramètres, un coefficient et un plafond de référence, qui doivent être pris en compte, tous les deux, selon leur montant applicable à la date des créances »²¹.

Cette référence à la clarté du texte s'accompagne parfois de l'affirmation selon laquelle il n'y a (ou aurait) pas lieu à interpréter un texte « clair ». Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en fournit une bonne illustration :

« Attendu que les dispositions de la convention collective de la chimie dont Eric NIGRA demande l'application sont les suivantes :

¹⁹ CA Poitiers 6 déc. 2005, *Association Aforproba c./ M. Reviriego*.

²⁰ CA Toulouse 14 avril 2006, *Janine Sanchez ép. Capelle – Philippe Conrad c./ SA Mécanique*. Souligné par nous.

²¹ CA Toulouse 3 août 2006, *Me Brenac – Centre de gestion et d'étude AGS/CGEA de Toulouse c./ Michel Hevia*. Souligné par nous.

- l'article 12 de l'avenant concernant les ouvriers et les collaborateurs intitulé "Travail posté : continu, semi-continu".

que cet article prévoit en son paragraphe IX la rémunération de la pause d'une demi-heure.

- l'article 13 de l'avenant concernant les agents de maîtrise et certains techniciens intitulé : "Services continus".

que cet article prévoit en son paragraphe IX la rémunération de la pause d'une demi-heure.

Attendu que *sans qu'il soit nécessaire de se livrer à une interprétation de ces articles clairs*, il ressort de leur présentation telle qu'elle résulte de l'édition des journaux officiels, que si trois définitions sont effectivement données - celle du travail posté, celle du travail en service continu et celle du travail en service semi-continu, le travail posté n' est apprécié que par référence à un travail en service continu ou semi-continu ; qu'il ne fait pas l'objet d'une définition autonome indépendante des deux autres notions, de telle sorte que la rémunération de la pause serait due quelle que soit le mode d'organisation de l'entreprise comme le soutient à tort Eric NIGRA ;

Attendu que la société LABORATOIRES FUJIFILM ne travaille ni en service continu puisque ses ateliers ne fonctionnent pas tous les jours de la semaine, ni en service semicontinu puisque ses ateliers ne fonctionnent pas 24 heures par jour, ce que le salarié ne soutient d'ailleurs pas ; qu'il en résulte que les articles 12 et 13 qui concernent exclusivement une organisation de travail en service continu ou semi-continu, n'ont pas vocation à s'appliquer »²².

Certains arrêts rendus par des Cours d'appel n'hésitent pas à mobiliser l'argument dit du sens clair des textes, alors même que la « clarté » du texte apparaît discutable.

L'on songe, par exemple, à cet arrêt de la Cour d'appel de Chambéry daté du 18 avril 2006 par lequel les magistrats prétendent déduire du texte une solution... diamétralement opposée à celle que retient, dans son arrêt du 17 juin 2005, la Cour de cassation²³ :

« (...) le défaut de remise du contrat de travail dans le délai de 2 jours n'est pas sanctionné par sa requalification en contrat à durée indéterminée prévue à l'article L.122-3-13 du code du travail qui ne vise que le non-respect des dispositions de l'article L.122-3-1 alinéa 1 et non celui des dispositions de l'alinéa 2 de cet article »²⁴

Dans le même esprit, l'on reproduira l'extrait d'une décision de la Cour d'appel de Dijon qui postule la clarté d'un texte là où justement certains auteurs ont pu montrer qu'elle se discutait sérieusement²⁵ :

« Attendu que, selon l'article L. 321-9 du Code du travail, "en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'administrateur notamment "à l'article L. 321-4-1, à l'exception du deuxième alinéa" ;

Qu'il résulte de ces textes, qu'en cas de liquidation judiciaire d'une entreprise de plus de 50 salariés, le liquidateur, qui envisage de procéder à un licenciement collectif d'au moins 10 salariés, dans une même période de 30 jours, a l'obligation d'établir et mettre en oeuvre un plan social, conformément aux dispositions des alinéas 1 et 3 de l'article L. 321-4-1, dont l'application n'est pas écartée par l'article L. 321-9;

Que, toutefois, en raison de l'exclusion expresse par ce même article de l'application de l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1, la nullité de la procédure de licenciement prévue par cet aliéna, n'est pas encourue en cas d'inobservation par le liquidateur judiciaire de l'obligation de soumettre

²² CA Grenoble 30 juill. 2006, *Eric Nigra c./ SA Laboratoire Fujifilm Lyon*. Souligné par nous.

²³ Cass. soc. 17 juin 2005, *RJS* 2005, n° 810.

²⁴ CA Chambéry 18 avril 2006, *Fatma Keita c./ SARL Resto Rives*.

²⁵ Cf. : Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 2006, p. 251 et s.

aux représentants du personnel un plan social comportant des mesures de reclassement conformes à celles visées à l'alinéa 3 ;
ou, à défaut, l'employeur ou le liquidateur, suivant les cas, qui envisage des licenciements économiques doit réunir et consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues »²⁶.

L'argument du sens clair n'est pas simplement convoqué pour l'interprétation de dispositions légales ou réglementaires. Il apparaît également, de façon plus ou moins explicite, en présence d'autres types de dispositions.

C'est bien cet argument qui se trouve mobilisé dans l'arrêt *Solvay Pharma c./ Franck Gaillet* rendu par la Cour d'appel de Grenoble en date du 25 janvier 2006, à propos de l'interprétation des dispositions d'un plan de sauvegarde de l'emploi :

« Attendu que dans le cadre du plan social présenté le 1^{er} septembre 2005, la société SOLVAY PHARMA a pris des mesures destinées à la reconversion externe parmi lesquelles une garantie de rémunération pendant la période de congé de conversion ;

Attendu que les dispositions spécifiques aux cadres qui figurent en page 14 du plan social prévoient que la rémunération du candidat est garantie jusqu'à la deuxième offre valable d'emploi et qu'en cas de refus de deux offres valables d'emploi, la garantie de rémunération n'est maintenue que jusqu'à la fin du congé de conversion ;

Attendu qu'il résulte de ces dispositions claires et dépourvues d'ambiguïté qu'au-delà de la durée du congé de conversion, l'employeur n'est libéré de son engagement de maintenir la rémunération du salarié qu'en cas de refus par celui-ci de deux offres d'emploi valables »²⁷.

Cet argument est parfois convoqué pour l'interprétation des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif de travail.

L'arrêt *SA La Voix du Nord c./ Florence Delay* rendu par la Cour d'appel de Douai en date du 31 mai 2005 en atteste. Interprétant l'article 31 de la convention collective nationale de la presse régionale qui accorde²⁸ au personnel d'encadrement une indemnité complémentaire en cas de licenciement, les magistrats ont ainsi affirmé :

« Que ces dispositions sont *parfaitement claires* et rend inopérant l'argumentation de l'employeur sur les droits acquis »²⁹.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 novembre 2006, dans l'affaire *Mutualité sociale agricole de l'île de France c./ Martine Dufour – Syndicat CGT de la Mutualité Sociale Agricole* fait, lui aussi, place à l'argument du sens clair du texte (conventionnel, en l'occurrence), en l'instituant au cœur de sa motivation :

« En application de l'article L.521-6 du Code du travail et de l'article 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre 1982, les salariés grévistes de la MSA IDF, entreprise privée chargée d'une mission de service public, subissent une retenue sur leur salaire et ses compléments, autres que les suppléments pour charges de famille, opérée en fonction de la durée de l'absence de la

²⁶ CA Dijon 7 fév. 2006, *Mandataire liquidateur SA Sogecor c./ Dominique Baudin et autres*.

²⁷ CA Grenoble 25 janv. 2006, *Solvay Pharma c./ Franck Gaillet*. Souligné par nous.

²⁸ A certaines conditions.

²⁹ CA Douai 31 mai 2005, *SA La Voix du Nord c./ Florence Delay*. Souligné par nous.

façon suivante :

-1/160ème du traitement mensuel si l'absence n'excède pas une heure,

-1/50ème du traitement mensuel lorsqu'elle dépasse une heure sans excéder une demi-journée,

- 1/30ème du traitement mensuel lorsqu'elle dépasse une demi-journée sans excéder une journée.

L'article 18-7 de la convention collective du personnel de la Mutualité sociale agricole prévoit qu'en cas d'absence ne donnant pas lieu à maintien de rémunération, le salaire mensuel subit un abattement forfaitaire de 1/22ème par journée d'absence, mais qu'en cas d'absence pour grève, il est fait application des dispositions légales, qui sont celles exposées ci-dessus.

L'article 20 de ladite convention collective stipule que deux primes semestrielles, dont il fixe les modalités, sont versées respectivement avec les salaires de juin et de décembre à l'ensemble des salariés et que : "les périodes d'absence sans salaire donnent lieu à une réduction proportionnelle sur la base de 1/132ème par jour d'absence".

Mme Dufour et le syndicat CGT soutiennent que l'article 20 précité n'autorise de retenue sur la prime que dans le cas où l'absence atteint un jour et qu'en deçà d'un jour complet d'absence il n'y a pas de retenue ; les absences pour grève de Mme Dufour ayant toutes été inférieures à une demi-journée (entre 1 heure et 3 heures 30 minutes), les retenues opérées par l'employeur sont injustifiées selon eux

Il résulte de la seule lecture de la disposition de l'article 20 précité selon laquelle "les périodes d'absence sans salaire donnent lieu à une réduction proportionnelle sur la base de 1/132ème par jour d'absence" que les absences sans salaire, dont la grève fait partie, donnent lieu à une retenue sur salaire proportionnelle à leur durée et que le calcul de cette retenue se fait en prenant comme base de calcul 1/132ème pour un jour d'absence. La référence au "jour" d'absence ne fixe donc pas un plancher jusqu'auquel il n'y a pas de retenue, mais définit les modalités de calcul de la proportion à retenir sur la base de l'équivalence : un jour d'absence égale une retenue de 1/132ème.³⁰

La prime semestrielle de Mme Dufour s'élevait à 911,83 euros. La MSA IDF a opéré sur le salaire de Mme Dufour une retenue calculée sur la base de 1/960ème du montant semestriel de la prime pour une heure de grève ce qui correspond exactement à la proportion définie par l'article 20 de la convention collective applicable. (...) »³¹.

Le même argument – le sens clair des textes – se trouve également, parmi d'autres exemples, mobilisé par la Cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 17 novembre 2005, rejetant les prétentions de l'Assedic Lorraine demandant à ce qu'un allocataire lui rembourse une partie des allocations perçues au titre du chômage. L'appelante soutenait que, si le texte en cause, l'article 80 du Règlement d'Assurance Chômage du 1^{er} janvier 1997, auquel s'était référé le premier juge, prévoit bien que « l'action en répétition des sommes indûment versées se prescrit, sauf en cas de fraude ou de fausse déclaration, par cinq ans à compter du jour du versement de ces sommes », ledit texte n'a pas vocation à s'appliquer *tel quel*. Aussi prétendait-elle que le délai de cinq ans qui y est mentionné ne doit logiquement commencer à courir qu'à partir du moment où elle-même pouvait utilement faire valoir ses droits vis-à-vis de l'intimé, c'est-à-dire le 30 juin 1998 – ce qui l'autorisait, selon elle, à réclamer les allocations versées à tort jusqu'à la fin du premier semestre de 2003. Cette interprétation va

³⁰ Souligné par nous.

³¹ CA Paris 21 nov. 2006, *Mutualité sociale agricole de l'Ile de France c./ Martine Dufour – Syndicat CGT de la Mutualité Sociale Agricole*.

être – fermement – écartée par la deuxième chambre civile³² de la Cour d'appel de Nancy, en ces termes :

« Contrairement à ce que l'appelante voudrait faire croire, les textes réglementaires ont vocation à s'appliquer dans les termes où ils sont rédigés, et non en fonction d'une rédaction qu'elle viendrait à considérer comme plus heureuse.

*En la cause, le texte visé par le premier juge au soutien de sa décision est parfaitement clair*³³. Il prévoit qu'effectivement l'allocataire de bonne foi n'est tenu de rembourser à l'ASSEDIC tout ou partie des prestations dont il a pu bénéficier que si celles-ci lui ont été servies moins de cinq ans auparavant³⁴, et ce sans dérogation possible.

Comme il est constant qu'en avril 2002 et a fortiori en juin 2003 l'intimé dont la bon-ne foi n'est pas contestée avait perçu l'allocation dont le remboursement est demandé plus de cinq ans auparavant, c'est à juste titre que le Tribunal a débouté l'appelante des fins de son action. L'appel dont la Cour est saisie n'étant donc point fondé, il con-vient de le rejeter et de confirmer le jugement entrepris »³⁵.

L'on observera, enfin, que l'argument du sens (prétendument) clair du texte est, quelquefois, sous-tendu par le postulat qu'un texte « clair » traduit nécessairement la volonté de son (ou de ses) auteur(s), postulat hérité de la conception classique de l'interprétation judiciaire, telle que défendue par la doctrine exégétique au XIX^{ème} siècle.

Une illustration en est donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, s'agissant de l'interprétation d'un protocole d'accord transactionnel, les magistrats énonçant notamment dans leur motivation :

« Il convient, en l'espèce, de rechercher la commune intention des parties afin d'apprécier les éléments qui ont été effectivement englobés dans la transaction (...). [Le salarié] s'empare du membre de phrase par lequel s'ouvre le texte de la transaction "outre les indemnités légales et conventionnelles accompagnées de son dernier salaire..." pour revendiquer en plus de la somme des 35.000 € qualifiée par les signataires de "définitive et forfaitaire", le versement d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité de préavis. Or une telle interprétation se heurte à la commune intention des parties telle qu'elle est clairement et univoquement exprimée par celles-ci dans ladite convention qui précise explicitement qu'en contrepartie du paiement de cette indemnité transactionnelle [le salarié] se déclare "pleinement rempli de tous les droits nés de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail" *et qui ajoute, in fine, qu'il reconnaît n'avoir plus aucune demande à formuler vis-à-vis de la société E.D.I à quelque titre que ce soit.*³⁶ Une interprétation différente constituerait une dénaturation de ces clauses claires et précises (...) »³⁷.

A titre complémentaire, nous procéderons une double observations, qui n'est pas sans rapport avec les développements qui précèdent : la première a trait à la référence au « silence » des textes, la seconde au constat de « limites » interprétatives procédant du texte lui-même.

³² Précisons qu'en marge des arrêts rendus par les chambres sociales des Cours d'appel, nous avons pu, jusqu'à présent, nous intéresser également aux décisions rendues par les deuxième chambres civiles de ces Cours, dès lors que le litige portait sur une question relevant de ce que l'on peut appeler le droit du chômage.

³³ C'est nous qui soulignons.

³⁴ Souligné dans le texte original.

³⁵ CA Nancy, 2^{ème} ch. civ., 17 nov. 2005, *Assedic de Lorraine c./ Martial Kaercher*.

³⁶ Phrase soulignée dans le texte original.

³⁷ CA Toulouse 6 juill. 2005, *Yves Lafon c./ SA Etude Documentation Impression (E.D.I.)*.

On relèvera, *en premier lieu*, un peu en marge des développements qui précèdent, que certains arrêts entendent justifier la solution qu'ils retiennent en se référant non pas à la teneur du texte mais à son « silence ». Cela se traduit souvent par l'idée que l'employeur, en particulier, ne saurait se voir imposer une obligation que ne lui impose par le texte légal.

Illustrations :

« Que l'article L.122-32-24 fait certes référence à la présentation de "la lettre prévue au premier alinéa de l'article L122-32-19" comme point de départ du délai de trente jours, mais ne précise pas que, lorsque cette lettre destinée à l'information de l'employeur n'a pas été reçue ou remise au moins trois mois à l'avance, le délai de réponse est censé n'avoir pas couru et, encore moins, que dans cette hypothèse, l'employeur n'est plus tenu de répondre »³⁸.

« Considérant que les salariés sollicitent encore des dommages et intérêts pour violation des articles L122-3-17 et L120-4 du code du travail au motif qu'à compter du mois de mars 2004, les appels à candidature auparavant ouverts à tous auraient été réservés aux titulaires en violation du premier de ces textes, que la direction des JOURNAUX OFFICIELS aurait multiplié les promesses de titularisation et qu'ils auraient postulé à de multiples reprises sans obtenir aucun poste ;

Que cependant l'article L122-3-17-1 du code du travail, en vertu duquel l'employeur doit porter à la connaissance des salariés liés par contrat à durée déterminée la liste des postes à pourvoir dans l'entreprise sous contrat à durée indéterminée lorsqu'un tel dispositif d'information existe déjà dans l'entreprise pour les salariés liés par un contrat à durée indéterminée, n'impose pas à l'employeur de diffuser aux salariés sous contrat à durée déterminée les appels à candidature destinés à une mobilité interne et n'étant pas susceptibles de donner lieu à une embauche ; que les salariés ne peuvent en conséquence utilement se prévaloir d'une note de service du 3 mai 2004 concernant un appel à candidature pour une mobilité interne alors que les notes antérieures versées au débat démontrent que l'employeur satisfaisait à ses obligations ; que les candidatures dont les salariés affirment avoir fait acte en vain témoignent également de ce que les postes à pourvoir étaient portés à leur connaissance ainsi qu'ils l'admettent d'ailleurs ;

Que ni la disposition de l'article L122-3-17-1 du code du travail ni l'exigence de bonne foi posée par l'article L120-4 du même code n'imposent à l'employeur d'accueillir les candidatures des salariés sous contrat à durée déterminée et que les appelants n'apportent aucune preuve de promesses de titularisation non tenues qui justifieraient l'allocation de dommages et intérêts (...) »³⁹.

« La lettre de convocation à l'entretien préalable a été signée par le docteur LESTRA, associé de la société de radiologie et qui avait reçu pouvoir du gérant pour représenter cette société " dans la gestion des faits reprochés à Madame DALBY". Peu importe que cette délégation de pouvoir du 25 juin 2003 n'ait pas date certaine, aucun texte n'imposant qu'une telle délégation soit donnée par écrit »⁴⁰.

La référence au « silence » du texte procède quelquefois, relevons-le, de la mise en œuvre du postulat – pourtant chargé de présupposés et dont on serait bien en peine de démontrer, en laissant de côté toute approche idéologique, la réelle portée en jurisprudence, tant ses atteintes s'avèrent nombreuses – selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis.

³⁸ CA Grenoble 26 juin 2006, *Christian Benedetreau c./ La société Ferma devenue Servglobal*.

³⁹ CA Paris 8 nov. 2006, *Suzy Jubilot, Valérie Laganaro, Patrick Estevez et Jean-Christophe Billou c./ Agent judiciaire du Trésor représentation la direction des Journaux Officiels*.

⁴⁰ CA Montpellier 8 nov. 2006, *Linda Dalby c./ SCM Radiologues du Biterois et du Narbonnais*.

En témoigne, entre autres, l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, dans lequel les magistrats énoncent que :

« Les dispositions de l'article L 124-7, alinéa 2, du code du travail qui permettent au salarié de faire valoir auprès de l'utilisateur ses droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission, en cas d'inobservation des dispositions des articles L 124-2 à L 124-2-4, n'excluent pas la possibilité pour le salarié d'agir contre l'entreprise de travail temporaire lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'oeuvre est interdite n'ont pas été respectées ; le salarié ne peut ainsi solliciter la requalification de son contrat en contrat à durée indéterminée à l'égard de l'entreprise de travail temporaire que si celle-ci a manqué aux obligations que l'article L 124-4 met à sa charge »⁴¹.

Passons à notre seconde observation.

Il est, *en second lieu*, intéressant de remarquer que les juges d'appel formulent quelquefois, de façon plus ou moins explicite, le constat de limites interprétatives qui, dans leur perspective, procèderaient du texte lui-même. Ainsi viennent-ils parfois à relever qu'une disposition légale s'oppose à l'interprétation défendue par l'une des parties – interprétation qui, le cas échéant, a pu être retenue par le Conseil de prud'hommes dans un premier temps.

Un arrêt de la Cour d'appel de Douai, daté du 27 janvier 2006, en offre une illustration. Dans cette affaire qui concernait une entreprise en liquidation judiciaire, le liquidateur avait procédé à la rupture anticipée d'un contrat d'apprentissage. Le litige portait sur le montant de l'indemnisation à laquelle avait droit l'apprenti. L'employeur reprochait au Conseil de prud'hommes de Calais d'« ajouter à la loi en érigeant en principe général que "*dans cette hypothèse, l'apprenti a droit à une indemnité égale aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de son contrat*" », ainsi que le rapporte la Cour d'appel. Les premiers juges avaient donc considéré que la sanction indemnitaire prévue par l'article L. 122-3-8, pour la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, s'applique également à la rupture du contrat d'apprentissage. C'est cette interprétation qui va être écartée par les magistrats de Douai au motif qu'elle se heurte à l'article L. 122-3-14 du Code du travail, en vertu duquel les dispositions de la section du Code du travail consacrée au contrat à durée déterminée « ne s'appliquent ni au contrat d'apprentissage ni au contrat de travail temporaire ». Reprenant à son compte l'argumentation développée par l'employeur, la Cour d'appel énoncera l'attendu suivant :

« Attendu qu'il est effectivement exact qu'un tel principe ne résulte ni ne s'infère d'aucune disposition législative ; qu'en son article L. 122-3-14, le Code du travail exclut expressément l'application, au contrat d'apprentissage, des dispositions de son article L. 122-3-8 le consacrant en matière de rupture anticipée du contrat à durée déterminée »⁴².

Les magistrats d'appel n'en considéreront pas moins que la rupture anticipée du contrat d'apprentissage, du fait de l'employeur, causait nécessairement un préjudice à l'apprenti et qu'au regard des circonstances particulières à l'espèce, « le montant alloué par les premiers juges, qui coïncide avec celui des rémunérations qu'aurait perçues l'apprenti si le contrat avait été normalement poursuivi jusqu'à son terme, correspond[ait] à l'exacte réparation du préjudice subi ». Ainsi la Cour d'appel de Douai confirmera-t-elle le jugement prud'homal, en procédant à une substitution de motifs sur ce point, le recours à cette technique se justifiant,

⁴¹ CA Montpellier 24 mai 2006, *Mlle Isabelle Rondeau c./ SA Vedior bis*.

⁴² CA Douai 27 janv. 2006, *CGEA de Lille c./ Me Christian Wiart – Mandataire liquidateur de SARL BAC (Bâtiment Aménagement Construction)*.

aux yeux des magistrats, par les limites interprétatives résultant de la lecture combinée des articles L. 122-3-8 et L. 122-3-14 manifestement.

Une telle approche nous semble traduire la conception du droit dont procède le raisonnement judiciaire, tel que le donne à voir les décisions des Cours d'appel. Nous y reviendrons.

§ 2. La référence à la volonté du législateur (ou de l'auteur du texte)

L'on trouve, dans quelques arrêts rendus par les Chambres sociales des Cours d'appel, une référence à la volonté ou l'intention du législateur, mais la place et le rôle que lui réservent les magistrats demeurent relativement incertains, comme nous allons le voir.

Lorsque cette référence est invoquée par les magistrats, celle-ci semble être envisagée comme une sorte de marqueur du contenu normatif, autrement dit de la signification, de la disposition légale interprétée.

Cette approche est, notamment, mise en œuvre par la Cour d'appel de Bourges, dans son arrêt *Essaadi c./ GAEC Michel Girard et fils* du 28 avril 2000, à propos de l'exigence de motivation de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 122-14-2 du Code du travail. C'est à la volonté de l'auteur du texte légal, telle qu'ils la conçoivent tout du moins, que les magistrats se réfèrent, *in fine*, pour apprécier si l'employeur a satisfait à l'obligation de motivation de la lettre de licenciement :

« L'employeur, en ne se contentant pas simplement de faire référence dans la lettre de licenciement à une incompatibilité d'humeur, sans autre précision, mais en ajoutant que celle-ci était en rapport avec les autres membres du personnel, a énoncé un fait précis et matériellement vérifiable et a ainsi répondu à la volonté du législateur »⁴³.

Reste cependant à se demander, dans ce type de motivation, qui prend en considération – même si la référence n'est pas explicite – la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation énonçant que les griefs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement doivent être précis et matériellement vérifiables, si la référence à la volonté du législateur ne se réduit pas à une figure rhétorique.

L'arrêt *Valle c./ SNC Beugnet Languedoc*, rendu par la Cour d'appel de Montpellier le 5 mai 1999, soulève la même interrogation. A l'époque, comme le rappellent les magistrats montpelliérains, l'article L. 122-17 du Code du travail édictait que la forclusion pour non dénonciation dans les deux mois de la signature d'un reçu pour solde de tout compte ne pouvait être opposée au travailleur si la mention "pour solde de tout compte" n'était pas entièrement écrite de sa main et suivie de sa signature. Or, en l'espèce, la mention écrite de la main du salarié, et suivie de sa signature, était "reçu solde de tout compte", le mot "pour" étant, de la sorte, éludé. Cette omission était-elle, à elle seule, de nature à neutraliser la portée libératoire du reçu pour l'employeur, ainsi que le soutenait le salarié ? La Cour d'appel de Montpellier répondit par la négative, en considérant qu'une telle rédaction respectait la volonté du législateur :

⁴³ CA Bourges 28 avril 2000, *Essaadi c./ GAEC Michel Girard et fils*.

« Cette rédaction du reçu respecte parfaitement la volonté du législateur dans l'article visé du Code du travail [à savoir l'article L. 122-17] ; l'omission du mot "pour" dans la mention précédant immédiatement la signature du salarié, n'est pas de nature à contredire les exigences du texte qui s'attache avant tout à l'écriture manuscrite qui garantit l'attention du salarié et à la terminologie "solde de tout compte" dont le sens n'est pas affecté dans l'espèce, d'autant plus que la même mention manuscrite apparaît auparavant deux fois sans l'omission critiquée »⁴⁴.

Cette motivation, tout comme la précédente, semble moins envisager la volonté du législateur, en tant que telle, qu'au travers de sa seule inscription dans le texte légal. C'est à cette conclusion qu'invite également l'arrêt *Roland Monory c./ SA Samda* rendu par la Cour d'appel de Bourges en date du 7 mars 1997

« s'il est constant que la mise en invalidité de deuxième catégorie peut constituer un motif réel et sérieux de licenciement, le législateur a entendu que cette rupture soit consécutive à la reconnaissance de l'inaptitude du salarié à tout emploi, non pas par un médecin de la sécurité sociale, mais par le médecin du travail ; qu'il suffit de prendre connaissance des dispositions combinées des articles L. 122-45, L. 122-24-4 et R. 241-51 du Code du Travail pour s'en convaincre »⁴⁵.

Dans cet arrêt, la référence à la volonté du législateur (« le législateur a entendu que (...) ») ne procède pas véritablement d'une approche « psychologique » de l'intention législative, semble-t-il. La caractérisation de cette volonté semble procéder, dans l'approche des magistrats de la Cour d'appel de Bourges, ici, de l'examen des dispositions, dont ils invitent à faire une lecture combinée. La formule utilisée traduit d'ailleurs l'idée que chacun peut, en se reportant au contenu de ces dispositions et en les rapprochant, se convaincre de ce que la volonté du législateur a été de conditionner, juridiquement, la légitimité du licenciement résultant de l'inaptitude du salarié à son emploi à la reconnaissance de cette inaptitude par le médecin du travail – et non par le médecin-conseil de la sécurité sociale.

Dans la plupart des exemples recensés, les magistrats s'efforcent, en réalité, semble-t-il, de caractériser la volonté du législateur à partir de l'examen du texte légal. Cette démarche est parfaitement traduite par la formule employée par les juges toulousains dans une décision de 1996, où se posait la question de l'applicabilité de l'article L. 122-12 du Code du travail, ceux-ci faisant observer que « l'intention du législateur » de faire des abattoirs publics des SPIC « ne résulte pas d'une disposition légale claire analogue à celle figurant à l'article L. 272-6 du Code des Communes »⁴⁶.

L'on notera que cette tendance ne vaut pas uniquement pour l'interprétation de textes légaux ; elle est décelable également en matière d'interprétation des accords ou conventions collectifs de travail. Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en fournit une illustration :

« Attendu que les jours fériés ne sont pas nécessairement chômés, à l'exception du 1er mai ;
Que les dispositions de la convention collective nationale des ouvriers employés dans les entreprises du bâtiment occupant jusqu'à dix salariés, dont les parties admettent qu'elles s'appliquent au contrat pour cette question, n'interdisent pas le travail un jour férié ;
Qu'en prévoyant respectivement aux articles 5.111 que "les jours fériés désignés à l'article L.222-1 du Code du travail sont payés dans les conditions prévues par la loi pour le 1" mai ",

⁴⁴ CA Montpellier 5 mai 1999, *Valle c./ SNC Beugnet Languedoc*.

⁴⁵ CA Bourges 7 mars 1997, *Roland Monory c./ SA Samda*.

⁴⁶ CA Toulouse 29 nov. 1996, *AGS ; Assedic ; Me Brenac liquidateur Société Scopiaap c./ Commune de Pamiers ; Audemar et autres*.

et 5.114 que "le chômage des jours fériés ne peut pas donner lieu à récupération au sens de l'article D.212-1" du même Code, les signataires de cette convention collective ont seulement entendu prévoir une rémunération plus favorable du travail effectué un jour férié autre que le 1^{er} mai et rappeler les dispositions prévues à l'article L.222-1-1 »⁴⁷.

En matière d'interprétation des contrats (de travail en l'occurrence), les magistrats s'attachent, de la même manière, à reconstruire l'intention ou la volonté des parties – en écartant, au besoin, les interprétations considérées comme peu plausibles, ainsi que le révèle une décision de la Cour d'appel de Lyon :

« Attendu ensuite que selon l'article 1161 du code civil, toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ; que les mots "dans ce cas" à l'alinéa 4 de l'article 9 du contrat de travail renvoient à l'alinéa précédent qui vise l'hypothèse d'une violation de la clause de non concurrence par le salarié ; qu'au-delà du sens littéral des termes "Monsieur HAMDI accepte dans ce cas le versement d'une indemnité mensuelle pendant les douze mois suivant sa date de départ", il convient de rechercher la commune intention des parties, conformément aux dispositions de l'article 1156 du code civil ; que la lettre du 10 octobre 2003 par laquelle la S.A.S. NEYRIAL GRAND EST se dit prête à respecter ses obligations quant au paiement de la clause de non-concurrence n'est d'aucun secours puisque le droit à contrepartie ne pouvait plus être discuté depuis les arrêts rendus par la Cour de Cassation le 10 juillet 2002 ; que l'interprétation suggérée par Karim HAMDI n'est guère plausible puisqu'elle conduirait au versement au salarié d'une contrepartie égale à son salaire d'activité ; que l'intention des parties était, "dans ce cas", de mettre à la charge de Karim HAMDI le versement d'une indemnité ayant la nature d'une clause pénale et par conséquent susceptible d'être réduite par le juge ; que l'alinéa litigieux doit donc s'entendre : "Monsieur HAMDI accepte dans ce cas de verser une indemnité mensuelle..."; que l'obligation de non-concurrence impartie à Karim HAMDI n'était assortie d'aucune contrepartie ; que la clause figurant à l'article 9 du contrat de travail est donc nulle ; que le salarié est en droit d'obtenir, en réparation du préjudice consécutif au respect de cette clause, une indemnité que la Cour fixe à 2 850 € (...) »⁴⁸.

Dans les arrêts d'appel amenés à trancher un problème d'interprétation d'un texte de loi, la référence aux travaux préparatoires apparaît rare. Cette référence présentera un caractère – au moins en apparence – péremptoire, lorsque les magistrats invoquent, au soutien de leur choix interprétatif, les travaux préparatoires, sans apporter de précision quant à leur contenu et donc sans préciser en quoi la lecture de ces travaux autorisent à caractériser l'intention, la volonté, du législateur.

L'on se trouve dans ce cas de figure avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers en date du 6 décembre 2005 dans l'affaire *Centre hospitalier Henri Laborit c./ Mme Champalou* :

« L'article L 122-1 du Code du travail précise que le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a rajouté la mention "quelque soit son mot". Mme CHAMPALOU soutient qu'il en résulte que les contrats emploi solidarité ne peuvent plus être passés pour pourvoir des postes liés à l'activité

⁴⁷ CA Grenoble 19 juin 2006, *S.A.R.L. Allo Ramonage c./ Pascal Meraut*.

⁴⁸ CA Lyon 15 fév. 2006, *SAS Neyrial Grand Est "Neyrial informatique " c./ Karim Hamdi*.

permanente de l'entreprise ainsi que l'interprétait la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi.

Toutefois, la lecture des débats parlementaires démontre que l'intention du législateur a été de renforcer la lutte contre la précarité en rappelant le caractère exceptionnel du recours aux contrats précaires et d'interdire la succession dans une entreprise de contrats de travail à durée déterminée en contournant les règles légales. L'ajout de la mention sus-visé à l'article L 122-1 du Code du travail ne remet pas en cause la législation spécifique sur les contrats se rattachant à la mise en oeuvre de la politique de l'emploi dans la mesure où il s'agit précisément de favoriser l'insertion durable de travailleurs en difficulté dans le marché de l'emploi, ce qui est rappelé dans une circulaire n° 2002-08 du ministère de l'emploi et de la solidarité du 2 mai 2002 relative à la mise en oeuvre de la loi de modernisation sociale.

Il s'ensuit que les contrats emploi solidarité passés entre le CENTRE HOSPITALIER HENRI LABORIT et Mme CHAMPALOU pour des postes d'aide agent hospitalier à temps partiel sont valables.

Il y a lieu en conséquence d'infirmier le jugement entrepris et de débouter la salariée de toutes ses demandes, la fin des relations contractuelles étant justifiée par l'arrivée du terme du dernier contrat »⁴⁹.

Bien que cela demeure exceptionnel, il arrive toutefois qu'un arrêt se réfère expressément à ces travaux et s'emploie, en outre, à rendre compte de leur teneur. C'est ainsi, par exemple, que, dans une décision du 24 novembre 2004, la Cour d'appel de Douai a pu s'appuyer sur le rapport rédigé par un sénateur, au nom de la Commission des Affaires sociales du Sénat, pour déterminer l'applicabilité dans le temps de la loi du 17 janvier 2003⁵⁰, et que la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 10 juin 1985, a pu s'appuyer sur les travaux préparatoires de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 pour déterminer le sens et la portée de l'article L. 412-7 du Code du travail. Cette loi, rappellent les magistrats de Dijon, avait, en l'occurrence, supprimé la restriction – antérieurement prévue par l'article L. 412-6 – selon laquelle la collecte ne pouvait être effectuée sur les lieux et pendant le temps de travail. La question se posait de savoir si cette modification permettait à des représentants du personnel de procéder, à leur seule initiative, à une telle collecte dans l'entreprise pendant leur temps et sur le lieu de travail, dans le cadre de leurs heures de délégation, en l'absence d'accord d'entreprise instituant cette faculté. C'est une interprétation restrictive de l'article L. 412-7 du Code du travail que retiendra la Cour d'appel de Dijon, en se prévalant de l'intention du législateur, telle qu'elle découle de l'examen des travaux préparatoires de ladite loi :

« Qu'en réalité, l'intention du législateur a été d'élargir les conditions du collectage en fonction d'un accord négocié entre l'employeur et ses salariés, ce qui résulte des travaux préparatoires de la loi susvisée, puisqu'un amendement concernant le droit de collectes sur les lieux du travail et pendant le temps du travail a été écarté par l'Assemblée Nationale et que le rapporteur de ladite Assemblée a précisé : "La suppression de cette restriction permettra d'introduire dans ce domaine une plus grande liberté dans la mesure où la collecte pourra avoir lieu à l'intérieur de l'entreprise dans des conditions à négocier" (cf JOAN 25.05.82, p. 2507), le Ministre du Travail ayant lui-même, au cours des débats, considéré que le nouveau texte était "susceptible de déboucher sur des accords négociés" ». Et les magistrats d'en déduire : « Qu'il est certain que le législateur n'a pas voulu préciser explicitement que la collecte pouvait être opérée pendant le temps et sur les lieux du travail »⁵¹.

⁴⁹ CA Poitiers 6 déc. 2005, *Centre hospitalier Henri Laborit c./ Mme Champalou*.

⁵⁰ CA Douai 26 nov. 2004, *Alain Decoopman c./ Association Alefpa*.

⁵¹ CA Dijon 10 juin 1985, *S.A.F. De Genlis c./ Bielaszewski ; Galissi*.

§ 3. L'argument systématique

Les exemples sont nombreux de décisions d'appel où la signification d'une disposition légale particulière est déterminée en considération d'autres dispositions légales, avec le souci manifeste de dégager une cohérence d'ensemble.

A titre d'illustration, l'on peut citer cet arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, dans lequel les magistrats ont pu, en parfaite conformité avec la jurisprudence de la Cour de cassation, introduire leur raisonnement par la proposition normative suivante :

« Si, en application de l'article L. 124-2-2 du Code du travail, un contrat de mission de travail temporaire peut ne pas comporter de terme précis, il doit toutefois être conclu pour une durée minimale et a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée. Ces dispositions ne peuvent faire échec aux dispositions de l'article L. 124-2 du Code du travail, qui prévoient que le "le contrat de travail temporaire, quel que soit son motif ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice" »⁵².

Ou encore cet arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, où les magistrats s'appuient sur un élément tiré d'un texte légal – l'article L. 122-32-1 du Code du travail – pour écarter l'application d'un autre texte – l'article L. 122-32-2, en l'occurrence :

« Il résulte de l'article L. 122-32-1 du code du travail que les règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle prévues par ce texte et les articles suivants s'appliquent au salarié victime d'un accident du travail, autre qu'un accident de trajet »⁵³.

Ce qui caractérise, dans une large mesure, les décisions d'appel, c'est leur souci de combiner les textes légaux en présence dans l'objectif de donner une cohérence d'ensemble aux normes juridiques qui résultent de leur interprétation.

Ce raisonnement systémique ou systématique amènera les magistrats à articuler, à la manière de la Cour de cassation, les normes issues des dispositions concernées, autrement dit à mettre en cohérence ces normes juridiques...

Exemple :

« Attendu qu'il résulte d'un compte rendu de scanner du rachis lombaire de Gilles LONGEQUEUE que celui-ci présente une protusion discale L4-L5 et une petite hernie postéro-latérale droite ; que selon un certificat du Docteur ORTALI en date du 13 avril 2004, le salarié ne peut, en raison de cette pathologie, reprendre son emploi dans lequel il soulève des charges lourdes ;

Attendu cependant qu'il ne résulte pas de ce certificat médical ni des autres éléments du dossier que l'inaptitude de Gilles LONGEQUEUE est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ; que l'article L. 122-32-5 du Code du travail n'est donc pas applicable en l'espèce ;

Attendu en revanche que le salarié relève de l'application de l'article L.122-24-4 du Code du travail dont le premier alinéa dispose : "A l'issue des périodes de suspension du contrat de

⁵² CA Grenoble 7 sept. 2005, *SA Ponticelli c./ Ali Boubeker*.

⁵³ CA Poitiers 24 janv. 2006, *M. Yannick Pinson c./ SARL S.M.*

travail consécutives à une maladie ou un accident, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et- aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail."

Attendu qu'il résulte de ces dispositions que l'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur de rechercher l'existence d'une possibilité de reclassement du salarié ;

Attendu que l'obligation de reclassement de l'employeur découle aussi de l'article L.241-10-1 du Code du travail qui impose à l'employeur, même en cas de maladie non professionnelle, de prendre en considération les mesures proposées par le médecin du travail, au besoin en sollicitant ses propositions »⁵⁴

... voire à préciser les dispositions qui sont ou non applicables dans telle ou telle situation :

Exemple :

« ATTENDU surtout que si la procédure de licenciement pour cause économique n'est pas applicable au syndicat d'une copropriété qui ne constitue pas une entreprise ou un établissement au sens de l'article L. 321-2 du Code du travail, cette disposition n'exclut aucunement l'application de l'article L. 122-9 du même Code relatif à l'indemnisation spécifique du salarié dont le contrat de travail à durée indéterminée est rompu pour un motif économique »⁵⁵.

Mais le plus souvent la combinaison de deux ou plusieurs textes n'apportera guère de lumière sur leurs contours significationnels respectifs. C'est à l'image du mode rédaction des arrêts de la Cour de cassation un contenu normatif unique qui sera (en apparence) « déduit » ou « tiré » de la combinaison des textes ou des régimes en présences.

Cet aspect peut être illustré par trois extraits d'arrêts, rendus par les Cours d'appel de Dijon, de Chambéry et de Douai :

« Attendu cependant que l'application combinée du régime de préretraite progressive et des dispositions relatives au compte épargne-temps, qui permettent l'utilisation du temps épargné sous la forme d'un congé de fin de carrière immédiatement suivi d'un départ à la retraite, a pour effet de libérer le poste de ce salarié dès la prise de ce congé et de conférer ainsi un caractère définitif à sa cessation d'activité et à son absence, peu important son maintien dans l'effectif de l'entreprise pendant ledit congé »⁵⁶.

« En application combinée des articles L.125-3 et L.125-1 du Code du Travail sont interdites les opérations exclusives de prêt de main d'oeuvre, et les opérations non exclusives de prêt de main d'oeuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éluder l'application de la loi, de règlements, de conventions ou d'accords collectifs de travail, dès lors qu'elles sont effectuées dans un but lucratif.

La technicité propre au prestataire, les moyens qu'il met en oeuvre, l'encadrement de son personnel et la rémunération du prestataire en qualité de fournisseur de main d'oeuvre sont des

⁵⁴ CA Agen 24 oct. 2006, *Gilles Longequeue c/ SAS Morton et fils*.

⁵⁵ CA Besançon 7 juill. 2006, *Corinne Loiderot c./ Le Syndicat des Copropriétaires de l'Orée du Bois*.

⁵⁶ CA Dijon 24 oct. 2004, *SA Ugine et Alz c./ Eric Saunier*.

éléments permettant d'apprécier les conditions d'intervention du salarié au profit du client de son employeur »⁵⁷.

« Attendu, sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail, qu'il résulte des dispositions combinées des articles L322-4-20 et L 122-3-8 al.1 du Code du Travail que le contrat employe-jeune peut être rompu avant son terme, notamment d'un commun accord entre les parties ; que l'accord des parties ne peut résulter que d'une volonté claire et non équivoque »⁵⁸.

Ajoutons que l'interprétation systématique (ou systémique) transcrite dans l'arrêt sera souvent la reprise d'une interprétation consacrée par la Cour de cassation. Il arrivera d'ailleurs que la décision d'appel fasse expressément référence à l'arrêt de la Haute juridiction :

« Attendu que lorsqu'un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire, sauf disposition légale conventionnelle ou contractuelle particulière ; que si les dispositions de l'article L 122-24 4 alinéa 1er du code du travail relatives à l'obligation de reclassement sont applicables au contrat à durée déterminée, celles de l'alinéa 2 du même article instituant l'obligation de reprendre le paiement du salaire du salarié déclaré inapte consécutivement à une maladie ou un accident et ni reclassé, ni licencié, à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de l'examen médical de reprise du travail, ne sont pas applicables, le contrat à durée déterminée ne pouvant pas être rompu par l'employeur en raison de l'inaptitude physique et de l'impossibilité de reclassement (C. Cass Ch. sociale 8 juin 2005) »⁵⁹.

L'argumentation de type systématique empruntera parfois d'autres formes. Ainsi les juges se référeront-ils, le cas échéant, à la localisation d'une disposition au sein du Code du travail. Un exemple peut être tiré d'une décision rendue par la Cour d'appel de Bourges, le 17 juin 2005, à propos d'un salarié dont l'inaptitude à l'emploi avait été établie par le médecin du travail et qui imputait à l'employeur un manquement à l'obligation de réentraînement au travail, prévue par l'article L. 323-17 du Code du travail. Cet article énonce, dans son premier alinéa, que : « Tout établissement, tout groupe d'établissements appartenant à une même activité professionnelle, employant plus de cinq mille salariés, doit assurer, après avis médical, le réentraînement au travail et la rééducation professionnelle des malades et blessés de l'établissement ou du groupe d'établissements ». Pour écarter, en l'espèce, l'application de cet article, les magistrats d'appel, avant que de constater que la condition d'effectif n'était pas remplie, se réfèrent à la section dans laquelle ce texte prend place et à la définition que l'article L. 323-10 donne, au début de cette section, du travailleur handicapé, pour en déduire qu'il ne s'applique qu'à cette catégorie de travailleurs, dont ne relevait précisément pas le salarié :

« Attendu que (...) l'article L. 323-17 du Code du travail figure dans une section de ce code relative aux dispositions propres aux travailleurs handicapés ; que seul peut être considéré comme travailleur handicapé, au sens de l'article L. 323-10 et pour l'application des dispositions légales se rapportant à cette section, celui qui a été reconnu comme tel par la COTOREP ; qu'il n'en est pas ainsi de M. Hamadi Khouda »⁶⁰.

⁵⁷ CA Chambéry 20 juin 2006, *Guillaume Savy c./ Société Hewlett Packard Centre de compétences France venant aux droits de la société Compaq Société pour l'informatique industrielle*.

⁵⁸ CA Douai 27 oct. 2006, *Association Union des Familles de Tourcoing c./ Caroline Delbecq*.

⁵⁹ CA Dijon 9 mars 2006, *SA Desplat c./ Vanessa Demoury*.

⁶⁰ CA Bourges 17 juin 2005, *Hamadi Khouda c./ Société Oxford Automotive industries*.

§ 4. L'argument téléologique

C'est un argument téléologique que la Cour d'appel de Chambéry a invoqué, dans son arrêt *SA Spie Tondella c./ Antonio De Almeida Nunes* du 16 décembre 2003, pour l'interprétation de l'article R. 241-51-1 du Code du travail, qui prévoit que le médecin du travail ne peut – en principe – constater l'inaptitude du salarié à son poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise et « deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines », accompagnés, le cas échéant, des examens complémentaires mentionnés à l'article R. 241-52. En l'espèce, la question se posait notamment de savoir si la période s'étant écoulée entre un premier examen en date du lundi 28 février 2000 et un second examen effectué le lundi 13 mars 2000 remplissait l'exigence, posée par la dispositions précitée, des deux examens médicaux « espacés de deux semaines ». Pour la Cour d'appel de Chambéry, le délai exigé par l'article R. 241-51-1, en pareilles circonstances, n'était pas respecté, dès lors qu'il aurait dû s'écouler quatorze jours entre ces deux examens. C'est essentiellement une interprétation téléologique de ce texte qui dictera cette solution, comme le révèle la motivation retenue par les magistrats à ce titre :

« Si l'on devait considérer le terme "semaine" comme sept jours consécutifs, il est constant que le délai de deux semaines visé à l'article R. 241-51-1 du Code du Travail n'a pas été respecté entre les deux examens, puisque le jour de l'examen, soit le lundi 28 février, ne peut être inclus dans ce délai tout comme celui de la date du second examen, le lundi 13 mars 2000, il ne s'était pas écoulé quatorze jours révolus à compter du 29 février 2000.

Si le législateur a imposé au médecin du travail deux examens médicaux spécifiques, espacés de deux semaines, une étude du poste et des conditions de travail du salarié dans l'entreprise avant de constater l'inaptitude dudit salarié, c'est dans le but, pour ledit médecin de s'assurer de l'état d'évolution de la maladie et de pouvoir se concerter avec le salarié et l'employeur, pour examiner toute solution, en vue d'éviter la rupture du contrat de travail, ce qui implique que le délai de deux semaines doit s'apprécier d'une manière la plus extensive possible dans l'intérêt du salarié »⁶¹.

Un argument du même type avait été mobilisé, quelques mois auparavant, par les juges chambériens sur une question ayant trait également aux règles relatives à l'inaptitude du salarié. La Cour de cassation ayant précisé que le délai d'un mois, à l'issue duquel l'employeur est tenu, si le salarié déclaré inapte n'est ni reclassé ni licencié, de reprendre le versement du salaire, court à compter du second des examens prévus par l'article R. 241-51-1 du Code du travail (Cass. soc. 28 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 39), la question pouvait se poser de savoir, dans l'hypothèse où un seul examen du médecin du travail a été effectué (alors qu'un double examen était requis), si l'employeur pouvait se prévaloir de l'absence du second examen pour échapper à l'obligation de reprise du versement des salaires, et ce bien que cette défaillance lui soit imputable. Dans l'affaire *CRCA Mutuel d'Ile et Vilaine c./ Liliane Le Maître*, la Cour d'appel de Chambéry répondra clairement par la négative, en justifiant sa position par une interprétation téléologique de l'article R. 241-51-1 du Code du travail :

« Attendu que le certificat du [médecin du travail] est bien un certificat médical de reprise tel que mentionné à l'article R. 241-51 du Code du Travail ; que ce certificat médical mettait fin à la suspension du contrat de travail et que si effectivement il n'y a pas eu de seconde visite de reprise, cela n'affecte pas la validité du premier examen de reprise, que la nécessité d'un double examen espacé de quinze jours, est fait dans le but de protection du salarié, qu'il s'agit

⁶¹ CA Chambéry 13 déc. 2003, *SA Spie Tondella c./ Antonio De Almeida Nunes*.

d'une protection d'ordre public dont seul le salarié peut se prévaloir, étant d'ailleurs observé que l'employeur peut parfaitement faire respecter les dispositions de l'article R. 241-51 du Code du Travail »⁶².

L'objectif ou la finalité que les magistrats prêtent à la disposition interprétée ne sera pas toujours aussi générale que celles invoquées dans les deux précédents exemples. Il arrivera que la Cour d'appel tende à mettre l'accent sur un objectif directement en lien avec la demande formulée par l'une des parties au procès. Tel était le cas dans l'affaire *SARL Ambulances Delattre c./ Arsène-Marie Raymond ép. Delattre*, dont fut saisie la Cour d'appel de Douai. En l'espèce, la salariée, qui exerçait un emploi à temps partiel, réclamait un rappel de salaires ; l'employeur lui opposait que l'activité professionnelle qu'elle exerçait en dehors de son emploi au sein de la société rendait impossible l'accomplissement du nombre d'heures dont l'intéressée estimait qu'elles n'avaient pas été rémunérées. Et c'est précisément pour écarter cet argument de l'employeur que les magistrats se fondèrent sur ce qui leur semblait constituer l'un des objectifs poursuivis – sous entendu, par le législateur – au travers des dispositions de l'article L. 212-4-3, dont il résulte que le contrat de travail à temps partiel doit mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (mention qui, en l'espèce, faisait défaut) :

« Attendu toutefois qu'en vertu de l'article L. 212-4-3 du code du travail, le contrat de travail à temps partiel doit mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ; que *ces dispositions ont été mises en place, entre autres, pour permettre aux salariés concernés de pouvoir exercer une ou plusieurs autres activités à temps partiel* »⁶³.

Le recours à l'argument téléologique joue, le plus souvent, un rôle tout à fait particulier dans le raisonnement judiciaire. Cet argument, en effet, ne vise pas simplement à justifier un choix interprétatif ; il est souvent présenté comme instituant un lien avec un principe, une exigence, et c'est précisément de ce lien qu'il est tiré une conséquence juridique – par exemple la nature de la sanction juridique applicable.

Quatre extraits d'arrêts rendus par les Cours d'appel de Douai, Paris, Montpellier et Toulouse illustreront cette observation :

« l'article L.122-25-2 du Code du travail institue, d'ordre public, une période de protection de la femme en état de grossesse, avec des restrictions au droit pour l'employeur de procéder à licenciement ; la période de protection vaut également "pendant les quatre semaines" après la fin du congé de maternité. Cette période de protection complémentaire de quatre semaines est *destinée à prémunir la salariée contre le risque accru d'un licenciement auquel elle est exposée durant la période de réadaptation au travail rendue nécessaire par son absence de longue durée consécutive à la grossesse et aux couches : elle est en conséquence* indissolublement liée à l'exercice effectif par l'intéressée de son activité professionnelle »⁶⁴.

« Et considérant que l'article L461-1 du code du travail (...)dispose que l'opinion des salariés émises en vertu de leur droit d'expression, ne peut motiver une sanction ou un licenciement ; que *cette prohibition est instituée afin de sauvegarder le principe constitutionnel de la liberté d'expression, dont résulte le droit d'expression des salariés, visé par ce texte ; que le*

⁶² CA Chambéry 21 janv. 2003, *CRCA Mutuel d'Ile et Vilaine c./ Liliane Le Maître*. Souligné par nous.

⁶³ CA Douai 31 mai 2005, *SARL Ambulances Delattre c./ Arsène-Marie Raymond ép. Delattre*. Souligné par nous.

⁶⁴ CA Douai 31 mai 2006, *Sylvie Ghesquière c./ SA Auchan France*. Souligné par nous.

licenciement de Mlle NAUT prononcé le 3 mars 2006, par la société RADIO FRANCE qui caractérise une violation de ces principes fondamentaux *est dès lors illicite* et justifie l'annulation du dit licenciement et la réintégration requises par l'appelante »⁶⁵.

« *Le délai de un mois institué par l'article L321-1-2 du Code du Travail en cas de proposition de notification d'un élément essentiel du contrat de travail pour cause économique constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur cette proposition en mesurant les conséquences de son choix. Il en résulte que l'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la notification de son contrat de travail* »⁶⁶.

« En vertu de l'article L 514-1 du Code du travail, les absences de l'entreprise des conseillers prud'hommes du collège salariés, justifiées par l'exercice de leurs fonctions, ne doivent entraîner aucune diminution de leur rémunération et des avantages qui s'y rattachent. *Ce texte a pour but de maintenir le montant de rémunérations acquises avant l'élection ; il doit dès lors (...)* permettre [au salarié concerné] d'obtenir le paiement des primes liées à l'emploi précédemment occupé, mais non les sommes qui ont pu être perçues en remboursement ou indemnisation de frais exposés à l'occasion de l'exercice de la profession »⁶⁷.

§ 5. L'argument dit de l'effet utile

L'argument dit de l'effet utile apparaît assez peu invoquée par les Cours d'appel dans la motivation de leurs décisions. Il n'en reste pas moins que l'on trouve trace, dans ces dernières, des différentes formes que peut prendre cet argument.

Ainsi les juges évoqueront-ils, par exemple, la nécessité de conférer aux dispositions légales toute leur portée. C'est, semble-t-il, cette idée qui inspire les magistrats de la chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry, lorsqu'ils affirment :

« L'obligation faite à l'employeur d'énoncer dans la lettre de licenciement l'incidence des difficultés économiques sur le contrat de travail résulte des articles L. 122-14-2 et L. 321-1 du Code du Travail, tels qu'ils sont issus de la loi du 2 août 1989, *auxquels la jurisprudence doit donner tout leur sens* »⁶⁸.

La notion d'effet utile aura donc une incidence sur la contenu de la proposition normative à laquelle s'adosse le raisonnement judiciaire. Il en ira *a fortiori* de même lorsque l'argument de l'effet utile conduit à définir, non pas seulement la portée, mais le contenu significationnel d'une disposition légale, lorsqu'il contribuera à modeler le sens du texte. Un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry illustre cette dimension, au travers d'une incise qui mérite, à notre avis, de retenir l'attention :

« L'article L.781-1 du Code du Travail exige pour le bénéfice de ses dispositions IE réunion de trois conditions cumulatives :

⁶⁵ CA Paris 14 déc. 2006, *Nathalie Naut – Syndicat National des Medias CFDT c./ SA Société Nationale de Radiodiffusion Radio France*. Souligné par nous.

⁶⁶ CA Montpellier 1er mars 2006, *Alexandre Fort c./ SARL Top du Roulier*, reprenant, en réalité, la formule de la Cour de cassation. Souligné par nous.

⁶⁷ CA Toulouse 17 fév. 2006, *Patrick Sirven c./ Air France*. Souligné par nous.

⁶⁸ CA Chambéry, 13 oct. 2005, *Yannick Pouly c./ SA M.G.M. – "Maurice Giraud Montagne"*. Souligné par nous.

- l'existence d'un lien exclusif ou quasi exclusif entre le gérant et une entreprise (industrielle ou commerciale),
- la fourniture d'un local par cette entreprise,
- l'exploitation aux conditions et prix imposés par celle-ci.

Le bénéficiaire de cette disposition ne profite qu'aux gérants personnes physiques : ayant contracté en leur nom et pour leur compte avec l'entreprise, ce qui exclut les gérances assurées par des personnes morales à moins que la société ne représente qu'un montage juridique de façade consistant à faire échec aux dispositions du droit du travail »⁶⁹.

L'argument de l'effet utile pourra encore être convoqué, sous une toute autre forme, lorsqu'il s'agira de favoriser, au plan normatif, les conditions permettant à une institution, par exemple, d'être pleinement efficace. Cette idée sous-tend apparemment l'analyse de la chambre sociale de la Cour d'appel de Reims, lorsqu'elle énonce :

« La finalité de la consultation des délégués du personnel est (...) d'examiner avec eux, à partir des préconisations du médecin du travail, les postes dans lesquels le salarié devenu inapte serait susceptible d'être reclassé. Les délégués du personnel doivent donc recevoir toute l'information utile »⁷⁰.

L'effet utile paraît quelquefois prendre la forme d'une directive générale et implicite qui guide le raisonnement des magistrats. L'agencement des propositions suivantes, dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai rendu en date du 27 octobre 2006, nous semble traduire une telle approche :

« Attendu qu'aux termes des dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ;
 Attendu que même justifié par l'une des causes économiques prévues par la loi, un licenciement pour motif économique ne peut être tenu pour légitime que si le reclassement du salarié a été préalablement activement recherché par l'employeur et que sa tentative a échoué en raison soit de l'impossibilité avérée du reclassement soit du refus par l'intéressé des postes de reclassement proposés ;
 Que l'adhésion à une convention de conversion ne prive pas le salarié du droit de se prévaloir de l'absence de reclassement ;
 Que les possibilités de reclassement doivent être recherchées au sein de l'entreprise en son entier et non dans le cadre du seul établissement où était affecté le salarié ; que le périmètre de l'obligation de reclassement s'étend à l'ensemble du groupe auquel appartient la société employeur, entendu comme un ensemble de sociétés ayant des synergies et intérêts communs, dont les activités et l'organisation permettent la permutation du personnel, peu important qu'il n'existe aucun lien juridique entre les sociétés concernées ;
 Que le licenciement économique ne pouvant être prononcé que si le reclassement de l'intéressé n'est pas possible, le reclassement doit être tenté avant la notification du licenciement »⁷¹.

En analysant soigneusement certaines décisions d'appel qui entendent « déduire » la prémisse normative d'un texte légal, l'on peut déceler enfin le souci d'interpréter un énoncé de telle façon que celui-ci ait une utilité, se voyant ainsi attribuer une signification normative dont le texte aurait été dépourvu en l'absence de cet énoncé.

⁶⁹ CA Chambéry 23 mai 2006, *Madame Colette Andrée Del Aguila Nee Hornung c./ S.A. Société BP France*.

⁷⁰ CA Reims 8 mars 2006, RG n° 04/00352.

⁷¹ CA Douai 27 oct. 2006, *Jean -Paul Strosberg c./ Frédéric Amoroso et Ingrid Norman*.

Sans doute cette considération n'est-elle pas étrangère au raisonnement de la Cour d'appel de Metz dans l'arrêt *S.N.C.F. c./ Christian Jaman* du 9 mai 2006 (arrêt déjà évoqué au titre de l'argument linguistique ou littéral). Les magistrats messins semblent en effet vouloir donner ici, dans le cadre de l'interprétation des dispositions de l'article L. 212-4, alinéa 3, du Code du travail, toute sa portée à la précision selon laquelle les contreparties relatives au temps nécessaires aux opérations d'habillage et de déshabillage doivent être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail. Rappelons le contenu de la disposition en cause : « Lorsque le port d'une tenue de travail est imposée par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail, sans préjudice des clauses des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif »⁷². C'est en s'appuyant sur la proposition « devant être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail » et en s'efforçant de lui conférer un effet utile que les magistrats messins, nous semble-t-il, ont écarté la demande du salarié qui réclamait une compensation financière, à ce titre, alors qu'aucune convention ou accord collectif n'avait prévu une telle compensation et que celle-ci ne faisant pas non plus l'objet d'une prévision dans le contrat de travail⁷³ :

« Attendu que selon ce texte [l'article L. 212-4, alinéa 3, du Code du travail], la compensation financière que Monsieur JAMAN, qui est astreint au port d'une tenue de travail, sollicite au titre du temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage doit être déterminée par convention ou accord collectif ou, à défaut, par le contrat de travail (...) ;

Attendu (...) que Monsieur JAMAN ne se prévaut d'aucune convention ou accord collectif ayant déterminé la compensation financière dont il sollicite le paiement et il ne soutient ni ne démontre que la SNCF aurait refusé de négocier une telle convention ou un tel accord ;

Attendu en conséquence et dans la mesure où la compensation financière susceptible de revenir à un salarié au titre des opérations d'habillage et de déshabillage doit être fixée par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail, Monsieur JAMAN ne peut, sur le fondement de l'article L. 212-4 alinéa 3 du code du travail, obtenir paiement d'une indemnité au titre du temps d'habillage et de déshabillage »⁷⁴.

Ce raisonnement, dans la présente espèce, conduit à mettre, au final, l'accent sur la nécessité que les compensations visées soient prévues par convention ou accord collectif de travail, ou, à défaut par le contrat de travail, et à donner toute sa portée (son effet utile) à cette disposition, alors qu'une autre lecture, se focalisant avant tout sur l'obligation pour l'employeur d'accorder aux salariés de telles compensations et considérant, du même coup, que l'absence de prévisions conventionnelles ne constitue pas une dispense à ce titre, aurait été envisageable⁷⁵.

⁷² Souligné par nous.

⁷³ Aux termes de cet arrêt, le salarié, qui était soumis au statut des agents de la SNCF, ne revendiquait pas l'existence d'un contrat de travail le liant à son employeur.

⁷⁴ CA Metz 9 mai 2006, *S.N.C.F. c./ Christian Jaman*.

⁷⁵ C'est, d'ailleurs, cette interprétation que semble avoir adoptée la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2006 (Cass. soc. 12 juill. 2006, pourvoi n° 04-45541).

§ 6. L'argument conséquentialiste (ou pragmatique)

Il convient de souligner que, *contrairement à une idée reçue*, les magistrats justifient parfois la solution ou l'interprétation d'un texte qu'ils adoptent par les conséquences qu'impliquerait la solution contraire. Conséquences qui, dès lors qu'elles sont considérées comme inopportunes ou inacceptables, rendent nécessaires, selon les juges, la mise à l'écart de cette interprétation concurrente.

La Cour d'appel de Reims a récemment rendu une décision, qui décline, de manière éclatante, ce mode de raisonnement. Il s'agit de l'arrêt *Mme Marlène Vade et alii c./ Mutualité des Ardennes* daté du 14 juin 2006. Cette affaire posait un problème d'interprétation de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soin, de cure et de garde à but non lucratif (convention FEHAP), qui répartit le personnel en plusieurs catégories, auxquelles correspondent des niveaux et modalités de rémunération différenciés. Les salariées parties au litige, embauchées en qualité de maîtresses d'hôtes au sein d'une maison de retraite dépendant de la Mutualité des Ardennes, exerçaient des tâches (aide au lever des pensionnaires, prise de température, distribution des médicaments préparés par une infirmière, toilette des pensionnaires, douche, préparation des repas à partir des vivres fournis par une société commerciale, surveillance des pensionnaires au cours des repas, ménage, entretien de la cuisine, en fonction du planning) qui, suivant l'analyse qu'elles défendaient en appel, concernaient des emplois relevant du groupe II de la convention collective, mais qui, au regard de leur ancienneté dans l'exercice de ces fonctions, devaient leur permettre d'accéder au groupe III. Elles fondaient, à cet égard, leur analyse sur l'article A-1-1-2 de la dite convention collective, lequel dispose qu'après quatre ans passés au groupe II dans les emplois de tournant de cuisine, niveau I, agent hôtelier spécialisé, niveau I, garde malade, niveau I, les salariés accèdent au groupe III dont ils suivent, sauf promotion, le déroulement de carrière jusqu'au terme. Les magistrats feront droit à leur demande, au terme d'un raisonnement qui consistera, en premier lieu, à trancher la question de savoir si l'application de la disposition en cause implique que les emplois concernés soient exercés de façon permanente (problème d'interprétation) et, en second lieu, à vérifier si les tâches confiées aux salariées correspondaient aux trois catégories d'emploi visées par ce texte (problème de qualification). Et c'est pour trancher le problème interprétatif, qui se trouvait ainsi posé, que les magistrats vont, explicitement, se référer aux implications de la solution contraire à celle qu'ils adopteront :

« Attendu que contrairement à l'analyse de la Mutualité des Ardennes, ce texte n'exige pas que les emplois concernés soient exercés de manière permanente et a vocation à s'appliquer à des salariés polyvalents dès lors que les tâches accomplies relèvent majoritairement de celles énumérées par cet article ; que *raisonner autrement reviendrait à exclure du bénéfice de ces dispositions les salariés ayant une activité annexe, fut-elle minime, et à inciter éventuellement l'employeur à créer des emplois hybrides pour échapper à ces dispositions* ; qu'au surplus, il est logique qu'un salarié à compétences multiples bénéficie au moins du même avancement à l'ancienneté qu'un salarié à compétence unique »⁷⁶.

La justification avancée par les magistrats apparaît d'autant plus intéressante que la prise en considération des conséquences de la solution contraire, en l'occurrence, procède, d'une part, de l'idée implicite qu'il ne serait pas raisonnable ou acceptable que l'exclusion des salariés concernés du bénéfice de ces dispositions conventionnelles soit due à une tâche totalement

⁷⁶ CA Reims 14 juin 2006, *Mme Marlène Vade et alii c./ Mutualité des Ardennes*. Souligné par nous.

annexe, « fut-elle minime », qui leur est confiée, et, d'autre part, de la conviction qu'une telle solution inciterait l'employeur à créer, artificiellement, les conditions conduisant à l'écartier l'applicabilité desdites dispositions, à « échapper » à celles-ci. Ce sont donc deux appréciations qui s'entremêlent : l'une liée au caractère acceptable (ou non) de la solution et une appréciation, l'autre au risque de contournement des dispositions applicables que celle solution induirait (effet d'aubaine).

L'on relèvera par ailleurs, à titre complémentaire, que les magistrats ont pris soin de conforter cette argumentation par la considération que le principe d'égalité de traitement entre les salariés – même s'il n'est pas expressément exprimé, en tant que tel – justifiait la solution retenue, en ce qu'un salarié, présentant des compétences multiples, ne peut bénéficier d'un moindre avancement à l'ancienneté qu'un salarié à compétence unique. C'est bien ce principe, qui semble, ici, inspirer ce que les magistrats désignent⁷⁷ comme une exigence « logique ».

Il arrivera également, dans d'autres espèces, que les magistrats réalisent une projection de ce qu'aurait pu être la situation, en telle ou telle circonstance, et que cette projection rétroagisse sur la solution qu'ils retiennent. Une projection de ce type s'institue au cœur de la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai daté du 27 octobre 2006 :

« Il résulte de l'article L. 321-4-1 du Code du travail que le plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, mais seulement à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables, et à la condition que ces mesures ne soient pas constitutives d'une discrimination directe ou indirecte prohibée par l'article L. 122-45 du même Code. En l'espèce, M. Farid BELKASMI, au moment de son licenciement pour motif économique, était en position de congé sans solde et faisait donc toujours partie de l'effectif de l'entreprise, de même que les autres salariés licenciés au même moment qui n'avaient pas, quant à eux, cherché leur reclassement externe. De plus, M. Farid BELKASMI n'a accepté de rechercher lui-même un autre emploi dans une autre entreprise que parce qu'il pouvait légitimement croire qu'il bénéficierait non seulement du maintien à l'effectif de la SA SELNOR jusqu'à son licenciement pour motif économique et du paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, mais aussi d'une indemnité additionnelle à celle-ci, dont l'objet était justement d'inciter au départ volontaire de l'entreprise. L'avantage pour le salarié du maintien à l'effectif de l'entreprise du fait de la position de congé sans solde jusqu'à son licenciement était plus que largement compensé par l'avantage qui en résultait corrélativement pour l'employeur, puisqu'il permettait à ce dernier de ne plus avoir à rechercher lui-même le reclassement du salarié et, au moment du licenciement, de s'interroger sur les critères d'ordre, le salarié ayant par hypothèse retrouvé un autre emploi et ne devant donc plus être reclassé et étant dès lors nécessairement considéré comme devant être licencié en priorité. En tout état de cause, l'employeur aurait dû à tout le moins informer en temps utile les salariés ayant demandé et obtenu leur congé sans solde après avoir retrouvé eux-mêmes un emploi externe que le projet de plan social initial était devenu caduc du fait du redressement judiciaire et que le nouveau plan social en cours d'élaboration les excluait du bénéfice de l'indemnité additionnelle de licenciement, ce qui leur aurait permis, le cas échéant, de préférer démissionner de leur nouvel emploi, de réintégrer l'entreprise et de bénéficier alors de toutes les mesures prévues par ce plan social, dont l'indemnité additionnelle de licenciement, outre l'obligation pour leur employeur de chercher lui-même à les reclasser et de respecter le cas échéant des critères d'ordre pour les licenciements, étant observé de plus qu'en fin de compte le site de Lesquin n'a pas été fermé et qu'un certain nombre de salariés ont pu conserver leur

⁷⁷ Improprement, du reste.

emploi. *Le cas aurait d'ailleurs pu se produire que l'un des salariés ayant retrouvé un emploi externe le perde avant la date prévue pour le licenciement (par exemple pour essai non concluant), auquel cas ce salarié aurait réintégré l'entreprise et aurait peut-être conservé son emploi ou, sinon, aurait alors bénéficié d'une recherche de reclassement, de l'application des critères d'ordre et, le cas échéant, de l'indemnité additionnelle de licenciement.* Il résulte de ce qui précède que l'exclusion du bénéfice de l'indemnité additionnelle de licenciement prévue par le plan social pour l'emploi du 29 janvier 2002, notamment pour les salariés en position de congé sans solde, est une mesure discriminatoire qui, dès lors, leur est inopposable »⁷⁸.

La prise en considération des conséquences de la solution contraire constitue bien l'une des argumentations que les juges sont susceptibles de mobiliser. Les conséquences auxquels ceux-ci se réfèrent ne sont pas simplement des conséquences juridiques ; il peut s'agir également de conséquences sociales, économiques ou financières.

Ainsi la Cour d'appel de Lyon a-t-elle pu, dans un arrêt du 15 février 2005, écarter la demande de rappel de salaire formulée par un salarié au motif notamment que sa demande « *ne saurait prospérer sans que l'équilibre financier de l'établissement et par conséquent la prise en charge des pensionnaires ne soient compromis par les charges indues qui en résulteraient* »⁷⁹.

Certaines formules, insérées dans le cadre de la motivation judiciaire, révèlent, en outre, que des préoccupations sociales, voire sociétales, interviennent quelquefois dans le raisonnement des magistrats. L'on citera, à ce titre, cette considération avancée par les magistrats de Reims dans un arrêt du 31 mai 2006 :

« Si la crainte de la concurrence dans les domaines de haute technologie conduit souvent les firmes à commercialiser des produits qui ne sont en fait que des prototypes qualifiés de modèles définitifs, il ne peut être admis qu'en cas d'échec la responsabilité rejaille sur des salariés qui n'ont pas le pouvoir de s'opposer à la prise de décisions téméraires »⁸⁰.

§ 7. La lettre et l'esprit

Le couple « lettre / esprit » du texte apparaît dans la motivation de certaines décisions. L'arrêt *Monique Achour c./ SA New Usocome* rendu par la Cour d'appel de Colmar en date du 23 juin 2005 en constitue une bonne illustration. La question se posait, dans cette affaire, de savoir si l'employeur avait, préalablement au prononcé du licenciement pour motif économique de la salariée, satisfait à l'obligation individuelle de reclassement consacrée par l'article L. 321-1 alinéa 3 du Code du travail, dès lors qu'il s'était borné à lui faire uniquement une proposition de reclassement à l'extérieur de l'entreprise et s'était abstenu de soumettre à l'intéressée une proposition correspondant à un emploi dont la salariée avait, vingt ans auparavant, demandé de quitter pour d'autres conditions d'emploi et de travail. La Cour d'appel estimera qu'il ne peut être fait grief à l'employeur de ne pas avoir proposé cet emploi à la salariée, en justifiant cette solution (peu compatible, à notre sens, avec la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation) par l'idée qu'une telle proposition aurait correspondu à la lettre, mais pas à l'esprit, de l'article L. 321-1 du Code du travail :

⁷⁸ CA Douai 27 oct. 2006, *M. Farid Belkasmi c./ Me Francisque Gay*. Souligné par nous.

⁷⁹ CA Lyon 15 fév. 2005, *Maucolin c./ Ugecam Lorraine Champagne*. Souligné par nous.

⁸⁰ CA Reims 31 mai 2006, *SA Ability One Kinetec c./ Monsieur Laurent Oster*.

« Il ne saurait (...) être fait grief à l'employeur de ne pas avoir proposé à Mme Achour un poste dans la production dont les conditions de travail étaient incompatibles avec celles qu'elle avait voulues lorsqu'elle avait, une vingtaine d'années auparavant, quitté ce service à sa demande pour un travail moins technique, à mi-temps, et de jour exclusivement ; *une telle proposition aurait certes correspondu, à la lettre, aux dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail, mais non à l'esprit du texte* qui est de rechercher préalablement au licenciement une alternative crédible à l'emploi précédemment occupé »⁸¹.

Ainsi la lettre et l'esprit du texte se trouvaient-ils appréhendés, ici, sous la forme d'une opposition, voire d'une alternative – ce qui correspond à *l'une* des formes que peut revêtir l'usage de ce couple d'arguments.

La référence – largement rhétorique, nous semble-t-il – à la lettre et l'esprit est susceptible d'être convoquée par les magistrats dans le cadre de l'interprétation non seulement de textes de loi, mais également d'accord ou de conventions collectives de travail. C'est ce que permet d'illustrer l'arrêt *Jean-Pierre Roiron c./ Société SICN* rendu par la Cour d'appel de Grenoble le 22 mars 2006 :

« Attendu que l'article 31-2 de la convention collective dans sa rédaction issue de l'avenant du 29 janvier 2000, dispose que la mise à la retraite à l'initiative de l'employeur d'un ingénieur ou cadre âgé de moins de 65 ans, ne constitue pas un licenciement lorsque cette mise à la retraite s'accompagne de la conclusion par l'employeur d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de qualification, d'une embauche compensatrice déjà réalisée dans le cadre d'une mesure de préretraite progressive, ou de la conclusion par l'employeur d'un contrat à durée indéterminée ; Attendu que l'esprit de ce texte, identique à celui de l'accord du 24 mars 1997, est de compenser le départ de salariés par l'embauche de personnel se trouvant en situation de demandeur d'emploi ; Attendu que pour garantir le respect de ces dispositions, l'article 31-2 prévoit que le contrat d'apprentissage ou de qualification doit être conclu dans un certain délai et comporter soit le nom de l'ingénieur ou du cadre mis à la retraite s'il ne s'y oppose pas, soit la mention de son identification codée ; qu'en outre, l'employeur doit à la demande de l'ingénieur ou du cadre, justifier de la conclusion du contrat d'apprentissage ou de qualification, ou du remplacement par contrat à durée indéterminée en lui communiquant le nom du titulaire du contrat s'il ne s'y oppose pas, ou son identification codée ; (...) que ni l'esprit ni la lettre de l'article 31-2 de la convention collective n'ayant été respectés, Jean-Pierre ROIRON est bien fondé à solliciter le paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement dont la société SICN ne conteste pas le quantum »⁸².

§ 8. Les arguments logiques

Les arguments de type « logique » apparaissent parfois dans la motivation des arrêts d'appel.

L'on repère par exemple le recours à l'argument *a fortiori*...

Ainsi peut-on lire, par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Besançon :

⁸¹ CA Colmar 23 juin 2005, *Monique Achour c./ SA New Usocome*.

⁸² CA Grenoble 22 mars 2006, *Jean Pierre Roiron c./ Société SICN*.

« Il est constant en droit que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés et que les éléments de preuve recueillis par des moyens de contrôle mis en oeuvre à l'insu du salarié doivent être écartés, en vertu des principes de respect de la vie privée et de loyauté des preuves découlant des dispositions des articles 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L 120-2 du code du travail.

A fortiori de tels éléments de preuve doivent-ils être écartés, quand les moyens de contrôle occultes mis en oeuvre par l'employeur ont contribué de manière directe et déterminante à la commission même des faits reprochés et caractérisent une véritable provocation à l'infraction »⁸³.

... ou, plus fréquemment, à l'argument *a contrario*.

Exemple tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry :

« Aux termes de l'arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de cassation le 5 novembre 2003 (Cass. Soc, 5 novembre 2003, n°01-43-109) invoqué et débattu par les parties à l'audience, le temps habituel du trajet entre le domicile et le lieu de travail ne constitue pas en soi un temps de travail effectif. *A contrario* le trajet inhabituel qui dépasse en durée le temps normal de déplacement entre le domicile et le lieu de travail doit être considéré comme un temps de travail effectif (...) »⁸⁴.

Il est important d'observer que le recours à l'argument *a contrario* s'apparente fréquemment à un argument d'autorité – l'inférence logique entre les deux propositions pouvant apparaître sujette à caution. Deux illustrations seront mises en avant à ce titre :

« Attendu qu'une discrimination suppose un traitement différent de situations identiques ou un traitement identique de situations différentes ; que n'est donc pas discriminatoire l'application d'un traitement différent à des personnes se trouvant dans une situation dissemblable »⁸⁵

« L'article L 321-1 du code du travail définit le licenciement pour motif économique comme celui "effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ... consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques". Il en résulte que si un licenciement pour motif économique est non inhérent à la personne du salarié, tout licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié n'est pas nécessairement un licenciement pour motif économique »⁸⁶.

Par ailleurs, c'est un usage particulièrement extensif de l'argument *a simili* qu'il est possible, dans les décisions des Cours d'appel, de caractériser. A ce titre, c'est un rapprochement, une assimilation, voire une sorte d'équivalence, qui se trouve mise en exergue par les magistrats pour conforter leur analyse et justifier l'application de tel ou tel régime, une sanction ou une règle, à une hypothèse ou une situation qui, à première vue, ne paraît pas en relever.

Citons quelques exemples :

⁸³ CA Besançon 20 juin 2006, *Claudio Cetta c./ E.U.R.L Bricostoc*.

⁸⁴ CA Chambéry 4 avril 2006, *Jeanine Tardy et autres c./ Mutuelle Générale de l'Education Nationale*.

⁸⁵ CA Metz 29 janv. 2007, *SA Leclerc c./ Luc Demmer*.

⁸⁶ CA Douai 30 juin 2006, *Véronique Couvreur c./ SAS Redcats Manadgement Services*.

« Le défaut de transmission d'un contrat signé par les deux parties dans ce délai de deux jours *équivaut* à l'absence de contrat écrit et entraîne sa requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée »⁸⁷.

« Il est désormais admis que la mise à la retraite résultant de la mise en oeuvre d'un plan social supprimant plusieurs emplois doit être *assimilée* à un licenciement économique pour suppression d'emploi »⁸⁸.

« Attendu que la réorganisation de l'entreprise est *assimilable* aux difficultés à communiquer lorsqu'elle est rendue nécessaire par le souci de sauvegarder sa compétitivité »⁸⁹.

« Attendu que le licenciement pour motif économique ne peut être justifié aux termes de l'article L. 321-1 susvisé, que si la suppression de l'emploi, invoquée en l'espèce n'est pas inhérente à la personne salariée et a été rendue nécessaire notamment par des difficultés économiques ou des mutations technologiques; que la cessation de l'activité de l'entreprise est *assimilée* à des difficultés économiques mais à la condition qu'elle soit réelle et inévitable et qu'elle ne soit pas la conséquence d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur »⁹⁰.

§ 9. Interrogation(s) sur un argument atypique : l'argument « réaliste »

De façon purement hypothétique, et en faisant montre de la plus grande prudence à ce sujet, il nous semble permis de dire que, par-delà les arguments typiques que nous venons d'évoquer, les décisions d'appel en droit du travail laissent parfois entrevoir le « jeu » d'un argument tout à fait singulier, que nous appelons l'argument « réaliste ». Cet argument consiste pour le juge magistrat à se référer à la réalité, telle qu'il la perçoit – qu'il s'agisse de la situation du salarié ou de la situation de l'entreprise. S'instituant dans l'interrelation entre la dimension normative et la dimension factuelle du jugement, entre la ou les propositions normatives et l'appréciation des faits, cet argument semble incidemment participer à la détermination même du contenu de la norme consacrée et/ou mise en oeuvre dans la décision d'appel.

Au moins deux décisions d'appel récentes nous semblent faire place à une tel argument, en lui donnant corps au travers de la considération selon laquelle une structure de petite taille mérite de se voir appliquer en quelque sorte souplement les règles du droit du travail. Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel de Toulouse du 16 décembre 2005 et d'une décision de la Cour d'appel de Chambéry du 3 octobre 2006, où cet argument se trouve d'ailleurs combiné avec... la référence au « bon sens »⁹¹ :

« Attendu que *compte tenu de la petite taille de l'entreprise* et alors que rien n'établit que Michelle MAGGIA a été remplacée, *il doit être admis que* la restructuration, dictée par le souci d'utiliser autrement le potentiel physiologique du chef d'entreprise devenu inefficace

⁸⁷ CA Montpellier 22 nov. 2006, *Monsieur Thomas Solans c./ SARL Night Loisirs*. Souligné par nous.

⁸⁸ CA Reims 22 août 2006, *Christian Houbart c./ Société Nouricia*. Souligné par nous.

⁸⁹ CA Toulouse 16 déc. 2005, *Michelle Maggia c./ SARL Taxis Ambulances Tarn et Garonnaises*. Souligné par nous.

⁹⁰ CA Toulouse 9 nov. 2005, *Madame Dominique Maclin c./ EURL "Maisons de l'Eleveur"*. Souligné par nous.

⁹¹ Observons que certaines Cours d'appel n'hésitent pas à invoquer le sentiment de l'*évidence* dans la motivation de leurs décisions. Ainsi la Cour d'appel de Pau a-t-elle pu dans un arrêt : « Il est évident qu'un salarié qui a un devoir de loyauté à l'égard de son employeur doit s'abstenir de tout acte contraire à l'intérêt de l'entreprise dans laquelle il travaille et notamment de toute activité concurrente de celle de l'employeur pour son propre compte » (CA Pau 3 avril 2006, *SA Elipro c./ Thierry Saurin*).

dans l'activité qu'il exerçait jusqu'alors, a été faite dans le but de maintenir sa compétitivité en évitant de nouvelles charges qu'auraient engendrées la mise à l'écart du gérant devenu inapte à la conduite, alors qu'il pouvait cependant être encore utile dans des fonctions sédentaires »⁹².

« Si les exigences de preuve peuvent être moindres à l'égard d'une petite structure et si le bon sens doit conduire à admettre la réalité évoquée, à savoir la sous-traitance quasi systématique des travaux de prothèse par les cabinets dentaires concurrents pour des raisons d'économie qui ont pu contraindre la SCM à adopter une stratégie similaire, comme à constater que cet argument n'est d'ailleurs pas formellement contredit par Jacques CHEVALLIER, il n'appartient pas à la Cour de suppléer la carence de la S.C.M. Docteurs Hamid et Samy ALILI dans l'administration de la preuve des difficultés économiques qu'elle invoque (...) »⁹³.

Nous ne portons pas de jugement de valeur ni d'appréciation sur la pertinence de ce type d'argument. Nous nous contentons simplement de pointer que certaines décisions semblent lui donner une certaine place.

§ 10. La référence à la jurisprudence de la Cour de cassation

Lorsque les Cours d'appel se réfèrent explicitement à la jurisprudence de la Cour de cassation, cette référence prend différentes formes.

Dans certaines décisions d'appel, les magistrats érigent expressément la règle jurisprudentielle en prémisse normative de leur raisonnement, au moyen d'une référence qui apparaît identique à celle se rapportant classiquement aux dispositions légales. En témoigne, par exemple, l'arrêt du 10 juin 2004, à l'occasion duquel la Cour d'appel de Colmar énonce :

« Que, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation (Cour de cassation, Chambre sociale, 5 juin 2002), "Il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 773-5 et L. 773-12 du Code du Travail, que seules les assistantes maternelles ayant accueilli des mineurs à titre permanent peuvent prétendre à une indemnité journalière pour les périodes pendant lesquelles l'employeur était dans l'impossibilité de leur confier des enfants" »⁹⁴.

C'est parfois à un ou plusieurs arrêts précis que renvoient les magistrats. L'arrêt *Michel Doha c./ S.A. Nord Est Distribution* rendu le 5 décembre 2005 par la Cour d'appel de Metz fournit un bon exemple de cette façon d'insérer dans la motivation de la décision une référence précise aux arrêts de la Cour de cassation, ainsi qu'en témoigne, à un double titre, cet extrait :

« Qu'en effet, la notion d'invalidité relève du droit de la Sécurité Sociale et ne présuppose en aucune manière, l'existence d'une inaptitude médicale à exercer son travail, cette inaptitude ne pouvant résulter que d'une décision du médecin du travail (Cass. Soc. 13 janvier 1998 - 12 octobre 1999)

Qu'en conséquence, quelle que soit la situation du salarié malade, son contrat de travail reste suspendu jusqu'à l'exécution de la visite médicale de reprise

⁹² CA Toulouse 16 déc. 2005, *Michelle Maggia c./ SARL Taxis Ambulances Tarn et Garonnaises*, décision préc. Souligné par nous.

⁹³ CA Chambéry 3 oct. 2006, *Jacques Chevallier c./ SCM Docteurs Alili*

⁹⁴ CA Colmar 10 juin 2004, *Caisse d'Allocations familiales du Haut-Rhin c./ Anne-Marie Marbois*.

Attendu qu'il est constant que l'initiative de l'organisation de [la visite médicale de reprise] incombe à l'employeur, dès lors que son salarié se trouve dans une situation prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article R. 241-51 du Code du Travail

Que si le salarié dispose de la faculté de solliciter l'organisation de cette visite, soit auprès de son employeur, soit directement auprès du médecin du travail, il convient de considérer que celle-ci est subsidiaire par rapport à celle qui pèse sur l'employeur (Cass. Soc. 18 janvier 2000 - 15 octobre 2003) »⁹⁵.

Autre exemple où plusieurs principes consacrés par la Chambre sociale de la Cour de cassation se trouvent présentés sous la forme d'un enchaînement, chacun des arrêts pris en référence étant expressément désigné et parfois même cités dans le corps du texte – ce qui est assez courant dans les décisions rendues par la Cour d'appel de Metz :

Premier exemple :

« Qu'ainsi "*l'introduction d'une technologie informatique nouvelle comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée*" (Cass. Soc. 9 octobre 2002) ;

Qu'il appartient aux juges du fond de vérifier si "*la modification du contrat de travail de la salariée était consécutive à la mutation technologique alléguée*" (Cass. soc. 13 décembre 1994) ;

Qu'enfin, la notion de mutation technologique ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. Soc. 13 mai 2003) »⁹⁶.

Second exemple :

« Attendu qu'il résulte de l'article 1184 du Code Civil qu'en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par l'employeur, la possibilité pour le salarié de saisir le conseil des prud'hommes afin d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur ;

Qu'ainsi la résiliation du contrat entraîne la rupture pour l'avenir et ouvre en outre, droit à des dommages et intérêts vis-à-vis de la partie lésée ;

Qu'il est constant que la résiliation judiciaire prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 20 janvier 1998 - Cass. soc., 10 déc. 2003) ;

Qu'il en résulte, que le salarié peut non seulement prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi mais aussi aux indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, à l'indemnité de préavis et à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en outre, la date d'effet de la résiliation est celle de la saisine du juge prud'homal (Cass. Soc. 5 juillet 2005) ;

Attendu qu'en l'espèce, la décision déférée n'est pas contestée en ce qu'elle a prononcé la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur ;

(...)

Attendu qu'il résulte des dispositions des articles L. 143-11 et suivants du Code du Travail, que la garantie du Centre de Gestion et d'Etudes de l'Association pour la Gestion du régime d'Assurance des Créances des Salariés concerne notamment "les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement";

⁹⁵ CA Metz 5 déc. 2005, *Michel Doha c./ S.A. Nord Est Distribution*.

⁹⁶ CA Metz 13 juin 2006, *Josiane Zaini c./ GIE Radio-taxis de Metz*.

Qu'il est constant que cette garantie s'applique concernant toutes les créances résultant du contrat de travail ;

Qu'ainsi, la créance de dommages-intérêts allouée en raison du retard apporté au paiement des indemnités de rupture, est une somme due en exécution du contrat de travail. (Cass. Sociale 10 juillet 2001) ;

Qu'en conséquence, il convient de considérer que la garantie du Centre de Gestion et d'Etudes de l'Association pour la Gestion du régime d'Assurance des Créances des Salariés, s'applique également à la condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts, du fait du retard apporté au paiement des salaires ;

Que la demande d'exclusion de garantie formée par le C.G.E.A., sera dès lors écartée les sommes étant dues antérieurement à l'ouverture de la procédure collective »⁹⁷.

Il arrivera même qu'un arrêt soit cité avec la référence de sa publication au *Bulletin* des arrêts de la Cour de cassation⁹⁸.

Certaines Cours d'appel invoquent un principe, qu'elles prennent cependant soin de rattacher à « la jurisprudence »...

Exemple : « Considérant que la jurisprudence exige que la clause de mobilité, pour être valide, soit limitée, que la mutation soit dictée par l'intérêt de l'entreprise et ne comporte pas de sanction automatique en cas de refus (...) »⁹⁹.

... fréquemment qualifiée de « constante »...

Exemples :

« Il résulte (...) d'une jurisprudence constante que la période de suspension du contrat de travail ne prend fin qu'à la date de la visite de reprise auprès du médecin du travail, à l'issue de laquelle celui-ci se prononce sur l'aptitude du salarié à reprendre son emploi »¹⁰⁰ ;

« Il est de jurisprudence constante que la seule expiration de la période de protection prévue en cas de maladie par la convention collective ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail et que l'employeur doit justifier que les perturbations que l'absence du salarié pour maladie entraîne pour l'entreprise l'ont conduit à procéder au plus vite au remplacement définitif de l'intéressé »¹⁰¹ ;

« De jurisprudence constante, l'obligation de justifier sa décision au regard de la compétitivité de l'entreprise interdit à celle-ci d'invoquer une réorganisation sans autre précision pour procéder à un licenciement pour motif économique »¹⁰² ;

« S'agissant de l'obligation de reclassement, il est de jurisprudence constante que le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'un emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise et le cas échéant dans le Groupe n'est pas possible (...) »¹⁰³ ;

⁹⁷ CA Metz 4 sept. 2006, *SARL Eco-Logis c./ Soizic Fantou*.

⁹⁸ Par ex. : CA Colmar 8 déc. 2005, *SARL Menuiserie Sifferlin c./ Didier Wattaut*, à propos d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 13 novembre 2001 ; CA Colmar 5 janv. 2006, *Association Maison des Jeunes et de la Culture c./ Cédric Pierre*, à propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 juin 2002.

⁹⁹ CA Paris, 22^{ème} ch. B, 1^{er} juill. 2005, *SAS Energie Interim c./ Pascale Nguyen*.

¹⁰⁰ CA Besançon 29 sept. 2006, *Aurélié Dauvergne c./ EURL Boulangerie Gambetta*.

¹⁰¹ CA Chambéry 7 juin 2005, *SA Savoie Révision c./ Pascale Coustoulin*.

¹⁰² CA Chambéry 31 janv. 2006, *Eric Sourmail c./ SARL Sophie et Alain Casse*.

¹⁰³ CA Chambéry 6 juin 2006, *Roland Bozon et Pierre Sandraz c./ Société Bruckner Maschinenbau GMBH*.

« Attendu qu'en vertu des dispositions de l'article L 434-8 du Code du travail, le chef d'entreprise verse au comité une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute ; ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'entreprise d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 pour cent de la masse salariale brute ; Attendu qu'au terme d'une jurisprudence constante, la prescription quinquennale n'atteint les créances qui y sont soumises que lorsqu'elles sont déterminées, que force est de constater qu'en l'espèce, les parties sont en litige sur le principe même de la créance et sur son montant, l'employeur contestant devoir un solde sur la subvention de fonctionnement et n'ayant communiqué qu'en cours d'instance les éléments permettant de chiffrer la créance, que la société G.M.M. sera déboutée de la fin de non recevoir soulevée et le jugement réformé sur ce point (...) »¹⁰⁴.

...voire d'« habituelle et constante »¹⁰⁵.

Dans la majorité des arrêts cependant, les juges du fond reprennent une solution ou un principe consacrés par la Chambre sociale de la Cour de cassation, en l'énonçant en tant que telle, sans référence aucune à la Haute juridiction et sans que soit invoquée une quelconque justification à ce titre. Nous y reviendrons.

§ 11. La référence aux décisions des Cours d'appel

Les références aux arrêts d'appel, bien qu'elles soient plus rares que celles se rapportant à la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, ne sont pas totalement absentes de la motivation de décisions des Cours d'appel.

A ce titre, l'on trouve, tout d'abord, les décisions d'appel citant des arrêts rendus par d'autres Cours d'appel. Ainsi en va-t-il, par exemple, dans cet arrêt de la Cour d'appel de Metz, à l'occasion duquel les juges n'ont pas hésité, pour tenter de définir les contours de la notion de harcèlement sexuel, à se référer expressément aux décisions rendues par trois autres chambres sociales de Cour d'appel :

« Que constituent des faits de harcèlement sexuel, "*les propos déplacés ou obscènes*" (Rennes, 26 juin 1997), "*les gestes déplacés*" (Chambéry, 18 janvier 2000) ou [le fait] de faire des "*compliments à une salariée sur sa poitrine et ses jambes, de lui poser des questions intimes, de se livrer à des attouchements et de lui faire des propositions à caractère sexuel*" (Paris 11^e ch., sect. B, 25 avril 2001) »¹⁰⁶.

Mais il est également, en second lieu, des décisions qui se réfèrent à des arrêts antérieurement rendus par la Cour d'appel saisie du litige.

Une telle référence incarnera soit une contrainte ressentie par les magistrats eux-mêmes et qui les empêcherait de statuer dans un sens différent, dès lors que les données de l'espèce sont les mêmes...

¹⁰⁴ CA Douai 30 nov. 2005, *Comité d'entreprise GMM c./ SA Grandes Malteries Modernes*.

¹⁰⁵ CA Aix-en-Provence, 18^{ème} ch., 12 oct. 2004, *Grinda c./ Capeau*.

¹⁰⁶ CA Metz 18 sept. 2006, *SA Assurances générales de France vie c./ Sophie Jost*.

Illustration : « Attendu que dans son arrêt du 8 septembre 2005 la cour, dans l'instance opposant la même Société CRÉATIONS RIVERS à un autre de ses salariés licencié pour le même motif en des termes identiques, a retenu, par infirmation du jugement qui avait admis la réalité du motif économique, que le licenciement ainsi intervenu était dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que les difficultés économiques invoquées concernait, selon la lettre elle-même, une autre société du groupe que celle employant la demanderesse, et que la Société CRÉATIONS RIVERS ne faisait valoir ni des difficultés au niveau du groupe ni que la réorganisation ayant conduit à la suppression du poste de la salariée était commandée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient ; Attendu que cette décision, qui est opposable à la Société CRÉATIONS RIVERS, doit être prise en compte en l'espèce dès lors que les données du litige et notamment les termes de la lettre de licenciement sont exactement les mêmes, l'employeur se référant à la même cause que précédemment et en ayant tiré les mêmes conséquences quant à la situation de Jeanine GANDON, et qu'aucune pièce ne permet de revenir sur cette appréciation, le rapport de SECAFI ALPHA ne concernant que la Société CREEKS ; Attendu qu'il s'agit en effet pour la cour d'apprécier la même réalité économique que dans le cas précédent, qui n'a donc pu changer d'une instance à l'autre puisque dans chaque cas le licenciement a été notifié le même jour ; qu'ainsi la cour, en présence du même employeur, ne peut pas dire autrement sur la réalité du motif économique que ce qu'elle a déjà dit dans l'instance précédente par référence à une situation objective »¹⁰⁷.

... soit une contrainte que l'une des parties tente de faire peser sur la Cour d'appel, en partant de l'idée qu'elle serait liée par ses discours antérieurs.

Encore faut-il que la ou les arrêts antérieurs n'aient pas été censurés par la Cour de cassation. Telle était, justement, le cas dans l'affaire *Société Main Sécurité Energie c./ Alain Javelle* qui donna lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 18 novembre 2005 :

« Attendu que Messieurs AUGER, GUIMARD, GAVARD, ROBLIN ainsi que Messieurs GONZALES et LEGER demandent que leur soit versée la prime de fin d'année au prorata de leur temps de présence dans l'entreprise, soit jusqu'à leur licenciement au 30 AVRIL 2004, date de leur reprise par la société PROSECUR ;
Attendu que l'employeur rétorque, au vu d'arrêts antérieurs de cette Cour, dont il convient néanmoins de préciser que l'un d'eux a fait l'objet d'une cassation sur ce point, que le versement de cette prime ne présente pas le caractère de fixité caractérisant un usage ;
Attendu que, faute d'être prévue par le contrat de travail ou par un accord collectif, la prime fin d'année n'est obligatoire que si elle résulte d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ; que l'usage invoqué n'existe que si la pratique concernée est constante, générale et fixe ; qu'en l'espèce le caractère de fixité fait défaut dans la mesure où le montant de la prime dont le caractère est contesté, qui a varié au fil des années en fonction de bases de calcul différentes, était discuté chaque année avec les représentants du personnel ; qu'il n'y a donc pas d'usage de ce chef »¹⁰⁸.

§ 12. La référence à la doctrine

La référence *explicite* à la doctrine est relativement rare dans les arrêts rendus par les Chambres sociales des Cours d'appel. Et lorsqu'elle trouve place dans la motivation d'une

¹⁰⁷ CA Toulouse 17 mars 2006, *Société Création Rivers c./ Jeanine Gandon*.

¹⁰⁸ CA Bourges 18 nov. 2005, *Société Main Sécurité Energie c./ Alain Javelle*.

décision, c'est habituellement sous la forme d'un renvoi général à la doctrine, sans qu'un auteur ou une étude précise soient désignés ou identifiés.

L'arrêt *SCP Mordohay-Huet c./ Munini*, rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 27 novembre 1996, relève de cette catégorie. Bien que la résiliation judiciaire ait été demandée par le salarié, les magistrats parisiens avaient estimé opportun d'évoquer les conséquences indemnitaires d'une résiliation judiciaire à la demande de l'employeur¹⁰⁹. Ils le firent en invoquant ce qu'ils estimaient être l'analyse dominante, en doctrine :

« si la doctrine admet également que la résiliation judiciaire à la demande de l'employeur entraîne l'attribution au salarié, sauf faute grave de sa part, de l'indemnité de licenciement, c'est d'une part parce que l'attitude prise par l'employeur implique sa volonté de mettre fins aux relations mais également parce que statuer autrement reviendrait à entériner des détournements de procédure analogues à celui qui a été naguère institué pour contourner la protection accordée au salarié protégé »¹¹⁰.

L'on citera également, pour un exemple plus récent, l'arrêt rendu le 26 septembre 2006 par la Cour d'appel de Chambéry. La référence à la doctrine entraine probablement en résonance ici avec les conclusions développées par l'une des parties au litige :

« le seul constat que l'indemnité légale de licenciement pour motif économique correspond de fait au double de l'indemnité légale de licenciement pour motif personnel ne saurait autoriser à interpréter l'article 1 de la transaction en faveur de l'Association Club des Sports des ARCS au vu de la rédaction de l'article R.122-2 alinéa 1 du code du travail selon laquelle pour un licenciement économique, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à 2/10 de mois de salaire par année d'ancienneté, sans aucune référence à un doublement de l'indemnité de licenciement qui est prévue par l'alinéa suivant en cas de licenciement pour motif personnel. *La référence qui peut être faite par la jurisprudence ou la doctrine par facilité de langage à ce doublement de l'indemnité de licenciement en cas de licenciement économique ou pour inaptitude par rapport à l'indemnité due en cas de licenciement pour motif personnel ne peut être ici valablement invoquée pour donner à l'article R. 122-2 une formulation littérale qu'il n'a pas* »¹¹¹.

Indépendamment de ces renvois généraux à la doctrine, l'on peut parfois détecter, identifier, des références *implicites* à la doctrine qui se traduisent par la reprise d'une analyse ou d'un point de vue développé ou présenté par un auteur, voire d'une formule utilisée par celui-ci. En pareils cas, il est certes impossible de savoir si la référence implicite aux réflexions de cet auteur procède des investigations des juges, grâce éventuellement au travail de collaborateurs (assistants de justice, etc.) ou si elle résulte des conclusions de l'une des parties au procès (avocats, en particulier), s'adossant précisément aux travaux de la doctrine, mais cela n'est en rien spécifique à ce type particulier d'argument, en réalité.

L'on se limitera, ici, à un exemple, tiré d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai en date du 31 mars 2004, s'agissant de l'applicabilité de l'article L. 122-32-2 du Code du travail. Voici ce qu'énonçait cet arrêt :

« Attendu que M. DEPREZ a été victime d'un accident du travail le 8 septembre 1999 puis victime d'une rechute en janvier 2000 ; il n'a repris le travail que le 10 mai 2000 ;

¹⁰⁹ La résiliation judiciaire à la demande de l'employeur était encore, à l'époque, admise par la Cour de cassation.

¹¹⁰ CA Paris, 21^{ème} ch. A, 27 nov. 1996, *SCP Mordohay-Huet c./ Munini*, *RJS* 1997, n° 405.

¹¹¹ CA Chambéry 26 sept. 2006, *Association Club des Sports des Arcs c./ Michel Colin*. Souligné par nous.

« Qu'il a pour des raisons diverses avant et après cet arrêt pour accident du travail été en arrêt maladie ;
« Que les derniers arrêts de travail sont des arrêts maladies ;
« Attendu que si en l'absence de visite de reprise par le médecin du travail, la période de suspension du contrat de travail de l'article L 122-32-1 consécutive à un accident du travail continue ;
« Mais attendu que *si le salarié reprend effectivement son travail il y a antinomie entre exécution et suspension du contrat de travail* ;
« Attendu qu'en reprenant le travail sans visite médicale de reprise laquelle peut être à l'initiative du salarié (article R 241-51), celui-ci a mis fin à la suspension de son contrat de travail telle que l'article L 122-32-1 du Code du Travail le prévoit ;
« Attendu que d'ailleurs que pour ses arrêts de travail postérieurs M. DEPREZ n'a pas contesté être en arrêt maladie ; qu'il n'était plus en période de suspension du contrat de travail au moment de son licenciement initié par la convocation à l'entretien préalable du 16 novembre 2000 ; qu'il n'est pas fondé à invoquer l'application des dispositions de l'article L 122-32-2 du Code du Travail ni à réclamer des dommages et intérêts pour l'absence de visite médicale de reprise alors qu'il pouvait en prendre l'initiative »¹¹².

C'est la considération, selon laquelle « il y a antinomie entre exécution et suspension du contrat de travail » de sorte qu'« en reprenant le travail sans visite médicale de reprise » le salarié « a mis fin à la suspension de son contrat de travail », qui retient notre attention, car elle semble être directement inspirée par les analyses du Professeur Jean Savatier. Cet auteur, rappelons-le, s'oppose, depuis une dizaine d'années, à la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui décide que seule la visite de reprise effectuée par le médecin du travail met fin à la période de suspension du contrat de travail du salarié victime d'un accident ou d'une maladie¹¹³. L'un des griefs formulés par Monsieur Savatier à l'encontre de cette position jurisprudentielle tient à ce qu'elle conduit, pour les hypothèses où une visite de reprise doit avoir lieu, à admettre, en particulier, que le contrat de travail du salarié, qui, a repris le travail, reste suspendu, si la visite de reprise du médecin du travail n'est pas intervenue. C'est ainsi que l'auteur écrivait, dans un article publié en janvier 1997 dans *Droit social*, à ce sujet : « *Il y a pourtant antinomie entre exécution et suspension du contrat de travail. La reprise effective du travail nous paraît mettre nécessairement fin à la suspension du contrat de travail* »¹¹⁴. Le fait que les magistrats messins reprennent explicitement l'idée d'une antinomie entre exécution et suspension du contrat de travail, et, à travers elle, cette analyse, généralement associée au nom de Monsieur Savatier, autorise à affirmer, de notre point de vue, que l'on se trouve bien ici en présence d'une référence implicite à la doctrine – plus précisément à un auteur de doctrine.

¹¹² CA Douai 31 mars 2004, *Dany Deprez c./ SA Cubit France Technologies*. C'est nous qui soulignons.

¹¹³ Lorsqu'une telle visite de reprise est requise, en vertu du premier alinéa de l'article R. 241-51 du Code du travail.

¹¹⁴ J. Savatier, « La visite de reprise effectuée par le médecin du travail à l'issue d'une absence pour maladie ou accident du travail », *Dr. soc.* 1997, p. 5. Souligné par nous.

Section 2. Le mode de justification de la prémisse normative dans les arrêts des Cours d'appel en droit du travail

L'examen de centaines de décisions rendues par des Cours d'appel dans le champ du droit du travail autorise à affirmer que si l'argumentation se présente parfois comme le mode de justification de la prémisse normative du jugement, elle n'en constitue pas véritablement le mode commun. C'est-à-dire le mode habituel, dans ce champ discursif particulier.

La lecture de ces décisions conduit, en première approche, à considérer que les Cours d'appel avancent leurs propositions normatives – celles auxquelles s'adosent leur raisonnement – sur un mode péremptoire (§ 1). A la réflexion, il se pourrait bien cependant que l'on soit en présence d'un phénomène autrement complexe. C'est cela que nous tenterons, par une démarche qui se veut délibérément progressive, de mettre en évidence¹¹⁵. Nous montrerons alors que le mode de justification des décisions d'appel paraît se réaliser sur le mode du dialogisme (§ 2).

§ 1. Des propositions normatives *apparemment* formulées sur un mode péremptoire

Les arrêts des chambres sociales des Cours d'appel procèdent, en règle générale, sur le mode péremptoire. Du moins en apparence. Nous entendons par là que les magistrats posent, le plus souvent, une règle dont le lecteur – en tout cas le lecteur non initié – de la décision ignore à la fois l'éventuelle source et la justification.

Le discours du juge se présente alors sous les allures du discours de l'Autorité.

Les décisions d'appel permettant d'illustrer ce mode – en apparence – péremptoire de formulation de la proposition ou de la prémisse normative sont innombrables. Nous nous bornerons à faire se succéder quelques exemples, de façon à prendre la mesure du phénomène :

« Attendu que les difficultés économiques doivent s'apprécier à la date du licenciement et être apparues après l'embauche du salarié »¹¹⁶

« Attendu en droit que la non-réalisation d'objectifs fixés par l'employeur dans des limites sérieuses et raisonnables constitue une cause légitime de licenciement, lorsqu'elle résulte de faits imputables au salarié »¹¹⁷

« Attendu que, selon une jurisprudence constante faisant application de l'article 1315 du Code Civil, il appartient au salarié qui prétend avoir fait l'objet d'un congédiement verbal d'en apporter la preuve ; Attendu que la preuve d'une décision de licenciement antérieure à la procédure légale nécessite des actes ou des comportements de l'employeur démontrant que ce dernier ne considérait plus son salarié comme étant encore membre de son personnel lors de l'envoi de la lettre de licenciement ; qu'il en est ainsi notamment lorsque l'employeur, avant même l'envoi de cette lettre, a signifié oralement à son salarié qu'il était licencié »¹¹⁸.

¹¹⁵ Certaines observations avancées précédemment ont déjà contribué à esquisser la perspective que nous allons nous efforcer de caractériser.

¹¹⁶ CA Besançon 14 fév. 2006, *A.D.D.S.E.A. c./ Jacques Petit*.

¹¹⁷ CA Besançon 18 oct. 2005, *Pascal Romain c./ S.A.R.L Novax*.

¹¹⁸ CA Bourges 4 nov. 2005, *Solange Claude-Damiens c./ S.A. Eurisk*.

La motivation de certaines décisions d'appel est certes, dans bien des cas, guidée par un souci pédagogique – ou explicatif...

A titre d'illustration :

« Attendu qu'en application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et des dispositions de l'article L 120-2 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir ni proportionnées au but recherché ; Qu'une clause de non concurrence n'est dès lors licite que si elle comporte notamment obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière, un salarié ne pouvant en effet être privé de son libre droit au travail sans une compensation significative ; Que l'exigence d'une telle contrepartie répond à l'application de proportionnalité entre le droit légitime de l'ex-employeur de protéger les intérêts de son entreprise et le droit de l'ex-salarié d'exercer librement une activité professionnelle, droit qui suppose une indemnisation dès lors qu'il y a restriction à celui-ci du fait de l'existence d'une clause de non concurrence »¹¹⁹.

... mais le constat s'impose que les formulations de type normatif des décisions d'appel se révèlent très proches de celles de la Cour de cassation elle-même. L'on se trouve, bien souvent, en présence de l'énoncé d'une véritable règle et/ou d'un véritable principe, formulé en termes généraux.

Exemples :

« Attendu, sur la date du contrat de travail, que la promesse synallagmatique de contrat est un contrat en vertu duquel chacune des parties s'engage envers l'autre à conclure plus tard le contrat définitif ; qu'une promesse réciproque de contrat vaut contrat ; Attendu que dès lors qu'une promesse de contrat de travail contient les éléments essentiels d'un contrat de travail notamment, le poste à occuper, le lieu de travail, la rémunération et la date d'entrée en fonction, celle-ci vaut contrat de travail »¹²⁰.

« S'il est admis qu'un salarié peut utiliser à des fins personnelles une ligne téléphonique mise à sa disposition par son employeur, c'est à la condition que cette utilisation reste strictement limitée »¹²¹.

« Attendu qu'il appartient à l'employeur, qui considère que le salarié n'exécute plus normalement sa prestation de travail ou auquel il reproche tel comportement de nature à provoquer la rupture anticipée du contrat de travail, de mettre en oeuvre la procédure prévue par l'article L. 122-41 du code du travail et par conséquent de formaliser la rupture du contrat de travail à durée déterminée ; que s'il ne le fait pas, tout acte de sa part matérialisant la rupture du contrat de travail à durée déterminée (lettre disant le contrat rompu – prise d'acte de la rupture – envoi ou remise d'une attestation ASSÉDIC et /ou du certificat de travail) vaut rupture abusive, quels que soient la nature et le bien-fondé des griefs reprochés au salarié »¹²².

« le refus d'un salarié d'exécuter des heures supplémentaires peut constituer un motif réel et sérieux de licenciement voire une faute grave en cas de travaux urgents »¹²³.

¹¹⁹ CA Grenoble 11 janv. 2006, *SAS Autodistribution Isere c./ Pascal Fugier*.

¹²⁰ CA Agen 31 mai 2006, *SA Wool and Cooton Company – SCP Brouard et Daude c./ Antoine de Rozières*.

¹²¹ CA Grenoble 2 nov. 2005, *M. Fakhter Ben Fradj c./ SARL PMS*.

¹²² CA Douai 31 mai 2006, *SAS Better c./ Patrick Kern*.

¹²³ CA Douai 31 mai 2005, *SARL Becquart impressions c./ Béatrice Pannecoucke*.

« il appartient (...) au juge de vérifier si la réorganisation invoquée était destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ; (...) c'est la compétitivité de l'entreprise elle-même qui doit être en cause et non pas des éléments qui lui sont extérieurs »¹²⁴

« La discrimination syndicale dont a été victime le salarié lui a causé un préjudice qui ne peut s'analyser seulement en la perte de salaire mais doit inclure la réparation du sentiment, vécu au quotidien, de vexation, voire de rancœur sinon d'humiliation résultant nécessairement de la durée d'un traitement discriminatoire »¹²⁵

Etc.

Le sentiment que les juges d'appel, en formulant les propositions normatives qui paraissent fonder leur raisonnement, se trouve d'ailleurs renforcé par le rapprochement de décisions qui, à bien y regarder, en viennent à poser, semble-t-il péremptoirement, des solutions diamétralement opposées l'une à l'autre. Il n'est que de mettre en vis-à-vis l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 17 mars 2006, dans l'affaire *Ben Douada Fofana c./ Société Kicible*, et l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 28 septembre 2006, dans l'affaire *Majide Boumaour c./ S.A. Sanofi Winthrop Industrie*, pour s'en convaincre. L'une et l'autre semblent postuler une règle, relative à la question de savoir si le prononcé d'une sanction à l'encontre d'un salarié épuise le pouvoir disciplinaire de l'employeur à son égard concernant les fautes qu'il a commises antérieurement... Simplement, les deux règles se situent aux antipodes l'une de l'autre, du point de vue de leur contenu :

Alors que la Cour d'appel de Toulouse affirme « qu'il ne résulte d'aucune disposition légale ou réglementaire que la notification d'une sanction disciplinaire emporte épuisement du pouvoir disciplinaire de l'employeur à l'égard de tous les faits qu'il pourrait reprocher au salarié et dont il avait connaissance au jour du prononcé de la sanction »¹²⁶...

... la Cour d'appel de Dijon soutient que « toute sanction disciplinaire vise l'intégralité des fautes pouvant être reprochées au salarié dès lors que celles-ci sont connues de l'employeur ; qu'il n'est pas possible d'échelonner dans le temps des sanctions en ne visant que certains faits fautifs dans la première sanction, observation faite qu'il importe peu que l'entretien préalable n'ait pas porté sur l'intégralité des faits connus de l'employeur »¹²⁷.

Voilà qui est troublant – et qui pourrait laisser penser que l'on se trouve dans le domaine... du pur arbitraire.

Le trouble est, sinon accentué, du moins entretenu, par des formules péremptoires, telles que :

« *Il est de principe que (...)* »...

Exemples :

« Il est de principe que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, ne doit pas abuser du droit qui lui est reconnu de mettre en œuvre la clause de mobilité prévue par le contrat de travail (...) »¹²⁸ ;

¹²⁴ CA Grenoble 21 nov. 2005, *Aline Denante c./ SNC Maurin Roger*.

¹²⁵ CA Chambéry 26 oct. 2006, *SA Bollhoff Olatu c./ Georges Tempo*.

¹²⁶ CA Toulouse 17 mars 2006, *Ben Douada Fofana c./ Société Kicible*.

¹²⁷ CA Dijon 28 sept. 2006, *Majide Boumaour c./ S.A. Sanofi Winthrop Industrie*.

¹²⁸ CA Chambéry 28 fév. 2006, *Abderrahmane Amrane c./ SARL Société de télé sécurité lyonnaise Rhône Alpes*.

« Il est de principe que le salarié peut être licencié s'il a dans l'entreprise une incompatibilité d'humeur, une mésentente ou des relations difficiles avec d'autres salariés entraînant une perturbation de l'activité de celle-ci »¹²⁹ ;

« il est de principe que l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée ne peut constituer le motif de la rupture de la relation de travail requalifiée en contrat à durée indéterminée ; en l'absence de procédure de licenciement et de notification d'un motif, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse »¹³⁰ ;

« Il est de principe que la relation de travail résultant de contrats saisonniers est à durée indéterminée lorsque le salarié est employé chaque année pendant toute la période d'ouverture ou de fonctionnement de l'entreprise, et, dans le cas où ces contrats sont assortis d'une clause de reconduction pour la saison suivante, que celle-ci soit prévue dans le contrat de travail ou dans la convention collective, lorsqu'ils sont renouvelés pendant plusieurs années de suite sur le fondement de cette clause »¹³¹.

« *Il est constant que (...)* »...

Exemple :

« Attendu qu'il est constant que la clause de mobilité doit être mise en œuvre de bonne foi par l'employeur et doit être justifiée par les besoins de l'entreprise »¹³².

« *Il est certain que (...)* »...

Exemple :

« Il est certain que l'employeur et le salarié peuvent librement mettre fin à la période d'essai, et ce, sans avoir à justifié leur décision (...) »¹³³.

« *Il est admis que (...)* »

Exemple :

« Il est admis de procéder à un tel remplacement par glissement de sorte que le salarié intérimaire n'occupe pas le poste de l'absent remplacé par un autre salarié de l'entreprise, mais cette pratique ne doit pas avoir pour effet de pouvoir en permanence le même poste ou un emploi permanent »¹³⁴.

« *Il est de règle que (...)* »...

Exemples :

¹²⁹ CA Chambéry 9 mars 2006, *Huguette Rivoire c./ SARL Univers Cuisine et Bains*.

¹³⁰ CA Chambéry 11 avril 2006, *Mme A Mui Hong c./ SA Ebea ; Société Kelly services*.

¹³¹ CA Chambéry 5 sept. 2006, *SAEM Mes teleskis du Grand Bornand c./ Bernard Pochat Cotilloux*.

¹³² CA Chambéry 5 sept. 2006, *SA Amec Spie communications c./ Virginie Lirot*.

¹³³ CA Chambéry 13 juin 2006, *Dilek Akkaya c./ Association AFPCS de la coiffure cours de la promotion sociale*

¹³⁴ CA Nancy 9 juin 2006, *Société Croisées et Profils ; SAS Adecco c./ Carlo Ronca ; UL CGT du Jarnisy*, en ce qui concerne la possibilité de conclure plusieurs contrats de mission en vue de procéder au remplacement d'un salarié absent.

« Il est de règle que l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977 s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise »¹³⁵

« Il est de règle que, s'agissant d'une entreprise qui appartient à un groupe, les difficultés économiques s'apprécient, non au niveau de l'entreprise, mais au niveau du secteur d'activité de l'entreprise et des entreprises du même groupe ayant le même secteur d'activité »¹³⁶

De telles formules pourraient en première intuition ou en première approche, nous l'avons dit, être comprises comme témoignant du caractère péremptoire du discours produit par les Cours d'appel. Ce discours serait celui de l'Autorité. Il s'apparenterait à un discours monologique : Parole d'un juge évoluant dans le solipsisme, et qui ne soucierait guère de l'aval et de l'amont de sa production discursive. A bien y regarder, cette vision – monologique – ne correspond qu'à la surface du discours judiciaire des Cours d'appel, il n'en saisit pas la profondeur. Car, en vérité, si l'on creuse le discours produit par les chambres sociales des Cours d'appel, le mode sur lequel ces discours se réalisent et se déploient apparaît en pleine lumière.

Or, ce mode est celui du *dialogisme*, comme nous allons le montrer à présent.

§ 2. Sous la surface du discours judiciaire : le dialogisme

Concept emprunté par l'analyse du discours aux travaux de Mikhaïl Bakhtine et/ou du cercle de Bakhtine, le dialogisme réfère aux relations (sémantiques) que tout énoncé entretient avec les énoncés (ou discours) produits antérieurement ainsi qu'avec les énoncés (ou discours) à venir que pourraient produire ses destinataires¹³⁷.

Pour prendre la mesure du dialogisme qui est à l'œuvre dans les décisions d'appel en matière de droit du travail, il apparaît judicieux de revenir sur la question de la référence à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi que nous l'avons constaté, il est parfois fait explicitement référence soit à la « jurisprudence » – ou à la « jurisprudence constante » – de la Cour de cassation, soit à un ou des arrêts précis de la Cour de cassation. Le marqueur de la jurisprudence se trouve alors mis en avant dans la motivation de la décision judiciaire. Mais, le plus souvent, les magistrats d'appel instituent au cœur de leur raisonnement un principe, une solution, une interprétation, une règle, jurisprudentielle, sans spécifier qu'il est issu de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est sur ce point que nous voudrions nous arrêter, pour commencer.

Lorsque la Cour d'appel de Chambéry énonce, dans son arrêt précité du 28 février 2006, qu'il est de « principe que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, ne doit pas abuser du droit qui lui est reconnu de mettre en œuvre la clause de mobilité prévue par le contrat de travail (...) », elle ne fait, en réalité, que transcrire la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en la matière.

¹³⁵ CA Poitiers 3 janv. 2006, *Alain Ganne ; Annick Loudière c./ Me Gisèle Courret-Guguen, mandataire liquidateur ; SAS RCO Motors*.

¹³⁶ CA Poitiers 29 nov. 2005, *Me Muriel Amauger, mandataire liquidateur de la SARL Assurbois c./ Anne-Marie Lannelucq ; CGE AGS Bordeaux*.

¹³⁷ Sur le concept de dialogisme, voir : F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Thèse droit, Université Nancy 2, 2007, spéc. n° 22 et s., p. 61 et s., ainsi que n° 726 et s., p. 1990 et s., et tout particulièrement n° 763 et s., p. 2061 et s.

De même, lorsque la Cour d'appel de Poitiers énonce dans son arrêt du 5 septembre 2006 que le délai d'un mois, institué par l'article L. 321-1-2 du Code du travail en cas de modification du contrat de travail pour raison économique « constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix » et qu'il « en résulte que son inobservation par l'employeur prise de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail, étant précisé que le non-respect du délai par l'employeur s'apprécie par rapport à la date de convocation à l'entretien préalable »¹³⁸, elle ne fait que reprendre, quasiment dans les mêmes termes, les principes exprimés, pour la première fois, par la Haute juridiction dans ses arrêts du 10 décembre 2003¹³⁹.

Il va ainsi encore lorsque la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 décembre 2006, inscrit au cœur de sa motivation – sous la forme apparente d'une incise – que l'article L. 122-45 du Code du travail s'applique en matière de période d'essai...

Extrait de l'arrêt :

« Mademoiselle POMARANCZ soutient que les circonstances dans lesquelles il a été mis fin à la période d'essai, justifient l'annulation de la rupture du contrat, par application de l'article L.122-45 du Code du travail ; elle estime qu'en outre, le fait d'avoir rompu le contrat de travail dès son retour de maladie suffit à caractériser un abus de droit de la part de la société C.I.D.Y. Aux termes de ce texte, qui s'applique à la période d'essai, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de son état de santé ou de son handicap. En cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, au vu de desquels, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »¹⁴⁰.

... car la proposition selon laquelle l'article L. 122-45 « s'applique à la période d'essai » assurément constitue un écho dialogique du principe consacré par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 février 2005¹⁴¹.

¹³⁸ CA Poitiers 5 sept. 2006, *Jean-Claude Giraud c./ SA Etablissement Gérard Le Clainche*.

¹³⁹ Dans l'arrêt *Vaucelle c./ SARL Ouest concept enseignement (OCE)* du 10 décembre 2003, la Cour de cassation affirme en effet que « le délai d'un mois institué par l'article L. 321-1-2 du Code du travail constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix ; qu'il en résulte que l'inobservation de ce délai par l'employeur privé de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat » (Cass. soc. 10 déc. 2003, *RJS* 2004, n° 174, 1^{ère} esp.). Et c'est l'arrêt *Becheret c./ Sté Transport Industriel Jean Faucher*, rendu à la même date, qui est venu préciser qu'à partir du moment où le délai de réflexion « n'était pas expiré lorsque l'employeur [a] convoqué [le salarié] à l'entretien préalable au licenciement », le licenciement devait être jugé sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 10 déc. 2003, *RJS* 2004, n° 174, 2^{ème} esp.).

¹⁴⁰ CA Paris 19 déc. 2006, *SARL Cidy c./ Sandra Pomarancz*. Souligné par nous.

¹⁴¹ Cass. soc. 16 fév. 2005, *Bull. civ. V*, n° 52, énonçant que « les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail sont applicables à la période d'essai ».

Autre illustration : l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier en date du 20 septembre 2006, affirmant que « le fait pour un salarié d'avoir sollicité un emploi similaire auprès d'une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause de non concurrence figurant dans son contrat de travail »¹⁴². L'on retrouve, ici, une formule très proche de celle utilisée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 janvier 1998, lequel énonçait : « Mais attendu que la cour d'appel a décidé à bon droit que le fait pour le salarié de s'être porté candidat à un emploi similaire proposé par une société concurrente ne caractérisait pas, à lui seul, une violation de la clause de non-concurrence »¹⁴³.

L'on pourrait multiplier les illustrations à l'envi.

Celles que nous avons mises en avant plus haut, et qui étaient introduites par des formules apparemment péremptoires du type « Il est de principe que », « Il est admis que », « Il est certain que », « Il est constant que », etc. (cf. *supra*), sont autant d'exemples de propositions exprimant une position consacrée en jurisprudence.

En définitive, ce qui se présente sous les allures d'un argument d'autorité constitue la reprise d'une interprétation, d'une règle, d'une solution, consacrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation, avec laquelle le discours des magistrats d'appel entre en interaction – en relation dialogique. Loin d'être des marqueurs d'un discours fondamentalement péremptoire, ces formules se révèlent être, au contraire, des *marqueurs de dialogisme*, en ce qu'elles signifient l'orientation du discours judiciaire vers l'amont de sa production, et, plus précisément, vers la jurisprudence – antérieure – de la Cour de cassation.

La confrontation des décisions judiciaires faisant expressément référence à la jurisprudence de la Cour de cassation ou à un (ou plusieurs) arrêt(s) de celle-ci et des décisions judiciaires qui reprennent la teneur des énoncés jurisprudentiels, sans les rattacher explicitement à la Cour de cassation ou à la jurisprudence, ne débouche en aucune manière sur le constat d'une différence de nature entre ces discours judiciaires. Les uns comme les autres se réalisent sur le registre du dialogisme. La différence tient simplement au fait que les uns *montrent* le discours jurisprudentiel rapporté qui les traverse (*dialogisme montré*), tandis que les autres ne le montrent pas, tout en étant néanmoins traversé par eux (*dialogisme constitutif*)¹⁴⁴.

C'est à travers le prisme du dialogisme que méritent, à notre avis, d'être appréhendés, saisis et analysés les énoncés des décisions d'appel fondamentalement orientés vers la jurisprudence de la Cour de cassation.

Une telle approche permet de cerner et de comprendre le mode de réalisation du discours développé dans les décisions judiciaires d'appel en droit du travail.

Sur le mode du dialogisme constitutif, autrement dit du dialogisme « non montré », il apparaît que la référence, dans la décision d'appel, à la jurisprudence de la Cour de cassation est susceptible de revêtir plusieurs formes.

¹⁴² CA Montpellier 20 sept. 2006, *Patrice Lavieille c./ SARL Aberia*. Souligné par nous.

¹⁴³ Cass. soc. 13 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 8.

¹⁴⁴ Sur la distinction entre dialogisme montré et dialogisme constitutif, voir, not. : S. Moirand, « Dialogisme », in P. Charaudeau et D. Maingueneau (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil, 2002, spéc. pp. 176-177 ; F. Géa, Thèse préc., not. pp. 159-160, note 832.

Regardons-y de plus près.

Il arrive que les juges d'appel procèdent à la synthèse de plusieurs propositions normatives, solutions ou principes posés par la Chambre sociale de la Cour de cassation, sans se référer expressément à celle-ci.

C'est à une synthèse de ce type que procède par exemple la Cour d'appel de Montpellier, dans l'arrêt *Francis Huguin c./ SARL Malzac Gnuva* du 14 décembre 2005, lorsqu'elle énonce, en guise de prémisse normative :

« Attendu que selon les articles L. 122-32-5 et L. 241-10-1 du Code du travail, il appartient à l'employeur dont le salarié est déclaré inapte à son poste, de rechercher dans l'entreprise les possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise ; que pour la mise en œuvre de cette obligation de reclassement dont il n'est pas dispensé même en présence d'un avis du médecin du travail concluant à l'inaptitude du salarié à tout emploi dans l'entreprise, l'employeur doit prendre en compte les propositions du médecin du travail, au besoin en les sollicitant ; qu'il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'une tentative effective et loyale de reclassement adaptée aux possibilités physiques du salarié ou de l'impossibilité d'un tel reclassement »¹⁴⁵.

Dans ce passage, la Cour d'appel de Montpellier fait se succéder quatre propositions qui ont en commun d'entrer en relation dialogique avec d'autres discours, législatifs certes mais aussi jurisprudentiels. La première de ces propositions (« il appartient à l'employeur dont le salarié est déclaré inapte à son poste, de rechercher dans l'entreprise les possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise ») découle directement de l'article L. 122-32-5, alinéa 1, du Code du travail ; la seconde (« pour la mise en œuvre de cette obligation de reclassement (...), l'employeur doit prendre en compte les propositions du médecin du travail, au besoin en les sollicitant ») procède de l'interprétation que la Cour de cassation donne de l'article L. 241-10-1, alinéa 2, du même code¹⁴⁶ ; la troisième (« [l'employeur] n'est pas dispensé [de l'obligation de reclassement] même en présence d'un avis du médecin du travail concluant à l'inaptitude du salarié à tout emploi dans l'entreprise ») reprend un principe posé par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁴⁷ ; et il en est de même pour la quatrième proposition, puisqu'elle reprend un principe acquis en jurisprudence.

L'on trouve également une très belle synthèse de la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière de licenciement pour motif économique, dans un arrêt rendu en date du 28 mars 2006 par la Cour d'appel de Chambéry, laquelle énonce :

« La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient est bien un motif autonome de licenciement: une réorganisation qui n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'autant qu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

¹⁴⁵ CA Montpellier 14 déc. 2005, *Huguin c./ SARL Malzac Gnuva*.

¹⁴⁶ Cass. soc. 27 mars 1990, *RJS* 1990, n° 469.

¹⁴⁷ Cass. soc. 7 juill. 2004, *Bull. civ. V*, n°s 196 et 197.

La réorganisation non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, peut légitimer les licenciements, si elle a pour but de prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.

L'entreprise ou le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient doit être menacée sur son marché, sa compétitivité doit avoir décliné, au point de menacer sa survie ; un licenciement destiné à opérer des gains de productivité pour améliorer la rentabilité ne serait pas justifié ; en revanche il peut être tenu compte des résultats globaux du secteur d'activité, comme de la nécessité de procéder de façon anticipée à des licenciements à l'occasion de redéploiements, nécessité qui peut le cas échéant être mesurée par des éléments d'information postérieurs permettant d'apprécier a posteriori la nécessité de procéder au licenciement économique pour sauvegarder la compétitivité.

S'il est certain qu'il est de la responsabilité du chef d'entreprise d'anticiper, réorganiser, proposer des modifications de contrat, d'adapter les salariés en place, il revient cependant à l'employeur qui invoque la sauvegarde de la compétitivité d'établir que la compétitivité de son entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, était en danger et rendait nécessaire la mise en place de mesures pour anticiper des difficultés prévisibles et éviter des licenciements ultérieurs en nombre plus important.

C'est seulement si la sauvegarde de la compétitivité est établie à l'occasion du licenciement économique que le juge ne pourra apprécier les choix et le bien fondé des décisions économiques de l'employeur.

La réorganisation de l'entreprise afin de sauvegarder sa compétitivité est un motif de licenciement économique même si les difficultés ne sont pas encore caractérisées.

La réorganisation doit être décidée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise (...) »¹⁴⁸.

Dans d'autres cas, les Cours d'appel font application d'une solution acquise en jurisprudence, sans se référer explicitement à la Cour de cassation, mais en ayant cependant le souci de justifier la règle mise en œuvre.

Un arrêt, rendu par la Cour d'appel de Pau en date du 10 octobre 2005, en apporte une bonne illustration, s'agissant de la question du cumul de l'indemnité de l'article L. 122-32-7 du Code du travail (due lorsque le salarié devenu inapte à son emploi à la suite d'un accident du travail ou une maladie professionnelle est licencié au mépris de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur ou en violation de l'obligation pour ce dernier de consulter les délégués du personnel) avec les indemnités dues au titre de l'irrégularité de la procédure de licenciement. La Chambre sociale de la Cour de cassation a pris position en la matière : l'indemnité de l'article L. 122-32-7 ne se cumule pas avec l'indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement, cette indemnité englobant nécessairement l'indemnité pour inobservation de la procédure¹⁴⁹. La Cour d'appel de Pau, dans la décision précitée, va faire application de cette solution, mais en s'efforçant de la justifier par l'examen des dispositions légales applicables :

« Ce texte [l'article L. 122-32-5, alinéa 5, du Code du travail] dispose qu'en cas de licenciement, l'employeur doit respecter les procédures prévues à la section II du présent chapitre en cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (résiliation du contrat de travail à durée indéterminée) ;

En l'espèce, la violation par l'employeur de la règle de forme édictée par l'article L. 122-14-1 (alinéa 2 ancienne rédaction) ne saurait ouvrir droit à une indemnisation supplémentaire ;

¹⁴⁸ CA Chambéry 28 mars 2006, *Edouard Carrelet de Loisy c./ SA Banque de gestion privée Indosuez – B.G.P.I*

¹⁴⁹ Cass. soc. 7 déc. 1994, *Bull. civ. V*, n° 330.

Les règles édictées par l'article L. 122-32-5 du Code du travail (...) constituent des modalités particulières d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement comme le confirme l'intitulé de la section V 1 du Code du travail "règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle " ;

Ces règles particulières, dans le silence des textes, ne sauraient autoriser un cumul des indemnités pour irrégularité de la procédure et pour un licenciement non fondé »¹⁵⁰.

Ce sont là deux arguments – un argument systématique, tiré de la place de l'article L. 122-32-5 au sein du Code du travail, plus précisément de son insertion dans une section spécifique du code, d'une part, et un argument tiré du « silence des textes », d'autre part – qui se trouvent ainsi mis en avant par les magistrats, pour réformer le jugement du Conseil de prud'hommes sur ce point.

Par ailleurs, certains arrêts d'appel reprennent, sans le dire, un principe consacré par la Cour de cassation, en le précisant ou en lui apportant un prolongement.

Tel est notamment le cas de l'arrêt *Assedic de Haute-Normandie c./ Mehdi Ebran* rendu, le 12 septembre 2006, par la Cour d'appel de Rouen, qui énonce que :

« l'ancienneté de deux ans du salarié requise par l'article L. 122-14-4 alinéa 2 du code du travail est celle résultant du contrat de travail au cours duquel le licenciement est prononcé, à l'exclusion des contrats antérieurs exécutés pour le compte du même employeur, peu important que la durée du contrat d'apprentissage soit prise en compte pour le calcul de la rémunération et l'ancienneté du salarié lorsque ce contrat est suivi de la signature d'un contrat de travail à durée indéterminée dans la même entreprise, et pour le calcul des indemnités de rupture et des allocations de chômage, les dispositions d'exception édictées par l'article précité et limitées dans leur application par l'article L. 122-14-5 alinéa 1^{er} du même code devant être interprétées restrictivement »¹⁵¹.

Cet arrêt présente, en réalité, un double intérêt pour l'analyse. En premier lieu, il affine une formule jurisprudentielle, puisque la Cour de cassation se borne, quant à elle, à énoncer que « pour l'application de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, l'ancienneté à prendre en considération [est] celle résultant du contrat de travail au cours duquel le licenciement [est] prononcé, à l'exclusion des contrats antérieurs exécutés pour le compte du même employeur »¹⁵². D'une certaine manière, la Cour d'appel s'efforce d'explicitier, dans cet arrêt, le principe posé par la Cour de cassation, en complétant celui-ci par une formule inspirée par les circonstances de l'espèce et l'objet du litige. Mais la prémisse normative inscrite au cœur de cette décision ne se réduit pas à cette dimension. En affirmant que les dispositions de l'article L. 122-14-4 sont des « dispositions d'exception » qui, dès lors que leur champ d'application est limité par le premier alinéa de l'article L. 122-14-5, doivent « être interprétées restrictivement », les magistrats rouennais livrent une clef d'interprétation, qui, non seulement, n'apparaît point dans les arrêts de la Cour de cassation, mais qui, en outre, dépasse de loin la question de l'appréciation de l'ancienneté du salarié pour l'application de l'article L. 122-14-4, puisque cette clef peut s'étendre à l'ensemble des propositions normatives que comporte cet article. En réalité, c'est un mode de lecture (ou d'interprétation) des articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 qui est, à cet égard, mis en avant, et qui tend à ériger le premier de ces textes en exception et le second en principe – ce dont les magistrats déduisent

¹⁵⁰ CA Pau 10 octobre 2005, *SARL Dussaut Larcebal c. José Costa*.

¹⁵¹ CA Rouen 12 sept. 2006, *Assedic de Haute-Normandie c./ Mehdi Ebran*.

¹⁵² Cass. soc. 27 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 352.

ensuite précisément que l'article L. 122-14-4 appelle une interprétation stricte ou restrictive. Cet angle de lecture ne trouvant, à notre connaissance, aucune confirmation explicite dans les arrêts de la Cour de cassation, il est permis de dire que cette décision d'appel, à travers la lecture combinée des textes précités, tend potentiellement à enrichir, voire à infléchir, l'interprétation jurisprudentielle de ces dispositions légales. Ainsi révèle-t-elle, en définitive, ce que peut être l'apport des juridictions du fond à la construction d'une interprétation jurisprudentielle.

Au titre de cette dernière sous-catégorie, il est permis de relever que certaines décisions, bien que s'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, retiennent une formulation plus tranchée – et par là même, moins ambiguë peut-être – que la Haute juridiction sur un point de droit particulier. C'est, pensons-nous, le cas, lorsque la Cour d'appel de Toulouse précise qu'en l'absence de faute caractérisée, le licenciement disciplinaire prononcé par l'employeur est sans cause réelle et sérieuse, ce qui signifie que les juges s'estiment liés par la qualification disciplinaire retenue dans la lettre de licenciement :

« Attendu que le licenciement prononcé pour faute grave a nécessairement un caractère disciplinaire ;
Qu'en conséquence le juge, tenu par les termes de la lettre de licenciement, doit uniquement rechercher si les faits reprochés au salarié constituent une faute ; que *dès lors qu'aucune faute n'est caractérisée, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse* »¹⁵³.

Jamais, à notre connaissance, la Cour de cassation a énoncé cette règle de façon aussi limpide, même s'il ne fait pas de doute, à nos yeux, qu'elle correspond à la position de cette dernière à ce sujet.

Quelque chose d'essentiel paraît se jouer au travers de ces reformulations (ou recompositions) des principes ou solutions jurisprudentiels.

De telles reformulations apparaissent très fréquentes dans les arrêts d'appel en droit du travail.

Citons quelques exemples :

« S'agissant du lien de subordination, celui-ci s'induit de l'existence d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction reconnu à l'employeur, à qui il revient aussi de déterminer les horaires, le lieu du travail et les moyens d'exécution du travail »¹⁵⁴.

« Considérant que le changement de concessionnaire exclusif de la vente de véhicules automobiles d'une marque entraîne le transfert d'une entité économique constituée d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie, peu important, l'interruption temporaire de l'activité »¹⁵⁵.

« Attendu que s'il est exact que cette réorganisation, qui a entraîné des suppressions d'emploi, doit être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, il n'est pas indispensable qu'existe un péril avéré mettant en cause sa survie ; (...)

¹⁵³ CA Toulouse 10 juin 2005, *SA General Trailers France ; Me Avezou ; Me Souchon ; Me Du Buit c./ Roland Laran ; CGEA IDF Est*.

¹⁵⁴ CA Bordeaux 26 oct. 2006, *Anne Marie Barbaron c./ E.U.R.L. L'Albatros*.

¹⁵⁵ CA Paris 1er fév. 2007, *Sophie Le Roch c./ SA Rover France*.

Attendu qu'en application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et des dispositions de l'article L 120-2 du Code du Travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

Qu'une clause de non-concurrence n'est dès lors licite que si elle comporte notamment obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière, un salarié ne pouvant en effet être privé de son libre droit au travail sans une compensation significative ;

Que l'exigence d'une telle contrepartie répond à l'application de proportionnalité entre le droit légitime de l'ex-employeur de protéger les intérêts de son entreprise et le droit de l'ex-salarié d'exercer librement une activité professionnelle »¹⁵⁶.

La Cour d'appel exprime, de la sorte, *avec ses propres mots*, un principe ou une solution consacré en jurisprudence.

Autres illustrations :

« La lettre de licenciement doit être motivée et elle constitue le périmètre du débat judiciaire. En aucun cas il n'appartient au juge d'interpréter de traduire ou de compléter la lettre de licenciement »¹⁵⁷ ;

« l'article L. 122-12 [du Code du travail] s'oppose notamment à ce que le nouvel employeur choisisse ses salariés »¹⁵⁸.

Ces reformulations aboutissent parfois à une ou des propositions qui ne reflètent pas (ou plus) exactement la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation...

Illustrations :

« la cessation d'activité de l'employeur est génératrice d'un motif réel et sérieux de licenciement économique dès lors que la cessation d'activité ne peut être qualifiée de dolosive »¹⁵⁹ ;

« La réorganisation de l'entreprise peut constituer un motif économique si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise qui doit apparaître menacée sur le marché et avoir décliné au point de risquer la survie de l'entreprise »¹⁶⁰.

... ou qui sont porteuses ou potentiellement génératrice – subrepticement – d'un déplacement au plan de l'analyse

Illustration :

« la notion de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise apparaît lorsque la réorganisation anticipe sur des difficultés économiques et assure la survie de l'entreprise (*et donc le maintien des emplois*) et ne saurait s'appliquer à un simple souci de rentabilité ou de recherche d'économie »¹⁶¹.

¹⁵⁶ CA Grenoble 6 fév. 2006, *Mme Josée Catherine Guerin c./ La SA Tourpagel*.

¹⁵⁷ CA Montpellier 22 mars 2006, *SA Cimaya c./ Benoît Michaud*.

¹⁵⁸ CA Paris 17 nov. 2006, *Georges Taze c./ SA Anthes anciennement Louis Anthes – SARL FLD France location distribution*.

¹⁵⁹ CA Dijon 12 janv. 2006, *SCM Michelot et Mansat c./ Jocelyne Roy ép. Olivier*.

¹⁶⁰ CA Pau 30 juin 2006, *Entreprise Bubola Robert c./ Serge Deyts*.

¹⁶¹ CA Toulouse 12 janv. 2006, *Aline Barasc c./ Jean Jacques Menil*. Souligner par nous.

En outre, la reformulation par les chambres sociales des Cours d'appel aboutit quelquefois à exprimer avec une plus grande clarté ou netteté que la Cour de cassation une solution pourtant implicitement consacrée par celle-ci...

Exemple :

« Attendu qu'aux termes de la lettre de licenciement notifiée à Francette JACQUEL le seul motif de son licenciement pour faute grave est son refus de poste de reclassement ; que toutefois, *le seul refus par le salarié d'un poste de reclassement n'entraînant pas la modification de son contrat de travail n'est pas une faute* ; que confronté à ce refus, l'employeur ne peut fonder le licenciement que sur l'impossibilité de reclassement ; qu'il en résulte que le licenciement prononcé pour cause disciplinaire s'avère dénué de cause réelle et sérieuse ; que la décision des premiers juges, qui en requalifiant la faute grave en cause réelle et sérieuse, ont outrepassé leurs pouvoirs, sera donc infirmée »¹⁶².

... mais, dans certains cas, l'énoncé retenu par la Cour d'appel complète la formule employée habituellement par la Cour de cassation par des éléments nouveaux :

« La réorganisation peut constituer un motif économique de licenciement, soit lorsqu'elle est liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, soit lorsqu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, *lorsque cette compétitivité fait l'objet d'une menace précise et immédiate* »¹⁶³.

L'on soulignera que c'est aussi au travers de telles formulations et recompositions que les décisions rendues par les Cours d'appel, dès lors qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi, ont vocation à participer indirectement à l'élaboration de norme jurisprudence.

Ce qui est particulièrement intéressant, c'est qu'elles « travailleront » la règle jurisprudentielle au contact des faits du litige, des circonstances et des situations réelles dont les magistrats du fond sont saisis. Là réside l'originalité de leur contribution.

C'est dans le contact, l'interaction, l'interrelation, entre la norme et les faits que se construit et qu'émerge la proposition normative qui fonde et en même temps émane de l'arrêt d'appel. Ce phénomène explique d'ailleurs que, dans bien des cas, cette proposition normative intervient, dans la motivation de la décision, au cœur même des développements consacrés à l'appréciation des faits, s'enchevêtrant ainsi avec cette dimension – se réalisant à travers elle.

Cf. l'encadré intitulé

« Brèves considérations sur la structure du raisonnement développé dans les décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel »

¹⁶² CA Toulouse 9 juin 2006, *Francette Jacquel c./ La Poste établissement public national*. Souligné par nous.

¹⁶³ CA Pau 4 sept. 2006, *Valérie Hery c./ SARL Optique du Musée*. Souligné par nous.

***Brèves considérations
sur la structure du raisonnement développé
dans les décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel***

Sans y insister, l'on observera que les arrêts rendus par les chambres sociales des Cours d'appel donnent à voir des structures de raisonnement relativement variées. Si la plupart des décisions sont structurées, du point de vue de leur motivation, sur le mode (classique) du syllogisme, en faisant se succéder, pour chacune des questions examinées, une prémisse normative (la règle juridique prise en référence), une prémisse factuelle, et la conclusion résultant de leur confrontation, d'autres s'affranchissent littéralement du modèle syllogistique – sans, d'ailleurs, que le raisonnement y perde en cohérence ou que leur dimension justificative s'en trouve affectée.

De fait, il n'est pas toujours aisé d'identifier la (ou les) proposition(s) normative(s) qui fonde(nt) le raisonnement des magistrats. Dans de nombreuses décisions, l'on s'aperçoit, en effet, que la proposition normative autour de laquelle, sur telle ou telle question, se construit le raisonnement des magistrats, vient se loger, parfois très discrètement, au cœur de considérations se rapportant à l'appréciation des faits. L'identification de la prémisse ou de la proposition normative s'avère, au demeurant, d'autant plus délicate que celle-ci se trouve formulée, en réalité, de façon implicite. Citons, à titre d'illustration un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en date du 17 octobre 2005, dans lequel les juges du fond étaient amenés à apprécier la légitimité du licenciement pour motif économique prononcé au motif de la réorganisation de l'entreprise, et à rechercher si l'employeur avait respecté son obligation individuelle de reclassement. Pour ce faire, les magistrats procédèrent, de façon tout à fait classique, à l'examen, tout d'abord, de la cause économique de licenciement, avant que, et c'est cet aspect qui retiendra notre attention, d'envisager de manière extrêmement rapide la question du respect par l'employeur de son obligation de reclassement. C'est ainsi qu'après avoir vérifié que la cause économique invoquée par l'employeur satisfaisait bien aux conditions requises pour que le motif tiré de la réorganisation de l'entreprise soit susceptible de justifier le licenciement, les magistrats réglèrent la question du reclassement en une formule pour le moins lapidaire :

« Attendu en ce qui concerne le reclassement, qu'il résulte de la nature même de ce licenciement que le reclassement [de la salariée] était impossible »¹⁶⁴ – ce qui conduisait les magistrats à conclure « que le licenciement économique de [celle-ci] était ainsi fondé sur une cause réelle et sérieuse ».

Pour ramassée qu'elle soit, la proposition, que nous venons de mettre en évidence, s'apparente bien à une proposition normative¹⁶⁵, qui ne se présente pas forcément d'emblée comme telle. Cette proposition peut être reformulée en ces termes : « le reclassement d'un salarié, dont le licenciement économique est motivé par la réorganisation de l'entreprise, est, de par la nature même de ce licenciement, impossible ». Ainsi perçoit-on que l'affirmation des magistrats n'a rien d'anecdotique, car, si l'on prend soin d'en peser les termes, cette proposition s'oppose de façon frontale à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considère que l'obligation de reclassement doit être respectée par l'employeur quelle que soit la cause économique invoquée au soutien du licenciement – y compris la réorganisation de l'entreprise.

¹⁶⁴ CA Grenoble 17 oct. 2005, *Claudine Blachon c./ SARL Mercerie Besset BM Distribution*.

¹⁶⁵ Exprimée sur le mode péremptoire.

Les décisions d'appel sont orientées, non seulement vers l'aval, mais également vers l'amont, de leur production. Et c'est cela, nous semble-t-il, qui explique que les juges d'appel, le plus souvent, contribuent à affiner une norme, une interprétation, une solution jurisprudentielle en inscrivant leur apport, pour ainsi dire, dans le texte jurisprudentiel, en le fondant dans celui-ci et en travaillant l'énoncé jurisprudentiel « de l'intérieur ».

Le dialogisme dont procèdent les arrêts d'appel ne se réduit cependant pas aux relations que les propositions normatives qu'elles expriment entretiennent avec la jurisprudence de la Cour de cassation – jurisprudence antérieure ou à venir.

Un phénomène tout à fait singulière mérite d'être mis en exergue, qui témoigne de ce que ces décisions sont également tournées vers l'aval et l'amont de leur propre production discursive : la pratique relativement fréquente de ce que l'on peut appeler les « copier-coller ».

Il est, en effet, frappant de constater que l'on retrouve souvent, dans l'ensemble des décisions rendues par une même Cour d'appel sur un sujet donné, des propositions normatives formulées en termes rigoureusement identiques – ce qui n'exclut évidemment pas que la formule vienne à évoluer – en fonction notamment des ajustements ou modifications apportées par la Cour de cassation à sa propre production normative.

Cette pratique des « copier-coller » peut être illustrée par le rapprochement de deux décisions rendues par la Cour d'appel de Chambéry en date des 21 et 28 mars 2006¹⁶⁶ :

Extrait de l'arrêt du 21 mars 2006 :

« Il n'est pas contesté que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient est devenu un motif autonome de licenciement et que la réorganisation non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, peut légitimer les licenciements, si elle a pour but de prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.

L'entreprise ou le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient doit être menacée sur son marché, sa compétitivité doit avoir décliné, au point de menacer sa survie ; un licenciement destiné à opérer des gains de productivité pour améliorer la rentabilité ne serait pas justifié ; en revanche il peut être tenu compte des résultats du secteur d'activité à l'étranger ainsi que des éléments postérieurs pour apprécier la nécessité de procéder au licenciement économique destiné à sauvegarder la compétitivité.

S'il est certain qu'il est de la responsabilité du chef d'entreprise que d'anticiper, réorganiser, proposer des modifications de contrat, d'adapter les salariés en place, il revient cependant à l'employeur qui invoque la sauvegarde de la compétitivité d'établir que la compétitivité de son entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, était en danger et rendait nécessaire la mise en place de mesures pour anticiper sur des difficultés prévisibles et éviter des licenciements ultérieurs en nombre plus important.

Enfin, c'est seulement dans le cas d'un licenciement économique, si la sauvegard de la compétitivité est établie, que le juge ne peut apprécier les choix et le bien fondé des décisions économiques de l'employeur »¹⁶⁷.

Extrait de l'arrêt du 28 mars 2006 :

« La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient est bien un motif autonome de licenciement: une réorganisation qui n'est pas

¹⁶⁶ Etant rappelé que nous avons reproduit plus haut un extrait plus large de l'arrêt daté du 28 mars 2006.

¹⁶⁷ CA Chambéry 21 mars 2006, *Michelle Abry et autres c./ SA Fromageries Picon*. Souligné par nous.

liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'autant qu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

La réorganisation non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, peut légitimer les licenciements, si elle a pour but de prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi.

L'entreprise ou le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient doit être menacée sur son marché, sa compétitivité doit avoir décliné, au point de menacer sa survie ; un licenciement destiné à opérer des gains de productivité pour améliorer la rentabilité ne serait pas justifié ; en revanche il peut être tenu compte des résultats globaux du secteur d'activité, comme de la nécessité de procéder de façon anticipée à des licenciements à l'occasion de redéploiements, nécessité qui peut le cas échéant être mesurée par des éléments d'information postérieurs permettant d'apprécier a posteriori la nécessité de procéder au licenciement économique pour sauvegarder la compétitivité.

S'il est certain qu'il est de la responsabilité du chef d'entreprise d'anticiper, réorganiser, proposer des modifications de contrat, d'adapter les salariés en place, il revient cependant à l'employeur qui invoque la sauvegarde de la compétitivité d'établir que la compétitivité de son entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, était en danger et rendait nécessaire la mise en place de mesures pour anticiper des difficultés prévisibles et éviter des licenciements ultérieurs en nombre plus important »¹⁶⁸.

Il est manifeste que le paragraphe que nous avons fait ressortir en caractères italiques a bien été transposée de la première vers la seconde décision, avec seulement deux petits ajustements (suppression de la conjonction « que » après « chef d'entreprise » et de la préposition « sur » après le verbe « anticiper ») visant manifestement à parfaire la formulation retenue. Quant aux autres paragraphes, ils semblent s'inspirer d'un même modèle rédactionnel, simplement ajusté aux données du litige.

Parmi bien d'autres exemples, les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de Douai en date du 31 mai 2005, dans les affaires *Société ISS Alibis France c./ Philippe Ballieu et Max Sztekiel c./ Michel Bastins* en sont une illustration, puisque les propositions suivantes s'y trouvent reproduites à l'identique :

« Attendu qu'aux termes des dispositions de l'article L. 122-14-2 du code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre prévue à l'article L. 122-14-1 du code du travail ;

Que la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige, lie les parties et le juge qui ne peut examiner d'autres griefs que ceux énoncés dans celle-ci, peu important les motifs allégués antérieurement ou en cours de procédure ;

Attendu que la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié, qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail, d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée limitée du préavis sans risque de compromettre les intérêts légitimes de l'employeur ;

Qu'il appartient à l'employeur et à lui seul d'en rapporter la preuve ».

Loin d'être purement anecdotique, et quelles que soient les raisons pratiques qui amènent les magistrats à recourir à cette « technique », la pratique des « copier coller » nous semble traduire fondamentalement le souci des magistrats d'appel s'inscrire leur décisions dans une chaîne discursive – correspondant à la production de la Cour d'appel dans laquelle ils siègent. Cette

¹⁶⁸ CA Chambéry 28 mars 2006, *Edouard Carrelet de Loisy c./ SA Banque de gestion privée Indosuez – B.G.P.I.* (arrêt préc.)

pratique révèle que les décisions d'appel sont traversées par les discours antérieurs produits par la même juridiction, en même temps qu'ils orientent, au moins dans une certaine mesure, les discours qu'elle produira à l'avenir. L'on repère ainsi un jeu de contraintes qui opèrent sur le mode du dialogisme.

Ces développements mettent en lumière le dialogisme dont procèdent les propositions normatives exprimées et avancées dans le cadre des décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel en France – sans que le dialogisme ne se réduise d'ailleurs aux dimensions sur lesquelles nous venons de mettre l'accent.

L'analyse que nous venons de présenter débouche sur le constat que le mode de justification de la prémisse normative, dans les arrêts d'appel, est dialogique. C'est en effet dans l'interdiscours que s'accomplit, fondamentalement, la justification de la prémisse normative du raisonnement des magistrats.

Reste à savoir pourquoi il en est ainsi.

Est-ce uniquement lié à la position des Cours d'appel dans l'ordre juridictionnel, c'est-à-dire à leur place au sein du système juridique ? L'examen des décisions rendues par les Cours du Travail, qui sont l'équivalent en Belgique des chambres sociales des Cours d'appel françaises, apporte à cet égard un éclairage intéressant. C'est par cette perspective comparatiste que nous achèveront notre examen dans le champ des décisions d'appel en droit du travail.

Section 3. Regards portés vers les décisions rendues par les Cours du travail belges

Le choix a été fait d'examiner, en complément des décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel françaises, les arrêts rendus par les Cours du travail en Belgique, afin de favoriser la prise de distance, et, par là même, l'analyse critique – au sens philosophique du terme – des modes de justification déployés par les cours françaises, s'agissant de la prémisse normative de leur raisonnement, en particulier. D'emblée, ce choix est apparu particulièrement judicieux, car il a permis de mettre en évidence des différences sensibles, de ce point de vue, entre ce que l'on pourrait appeler les modèles français et belge de rédaction des arrêts d'appel, au moins dans le champ du droit du travail.

Au-delà des nombreuses illustrations que ces juridictions belges offrent de l'utilisation de tel ou tel argument, ce sont les différences entre les modes de raisonnement et d'argumentation, au niveau des décisions d'appel dans le domaine du droit du travail en France et en Belgique, qui retiennent essentiellement notre attention. Il est frappant de constater que les décisions des Cours du travail s'affranchissent assez nettement du modèle syllogistique, en développant un raisonnement logique dont la caractéristique, pour le juriste français, est d'accorder une place importante à la discussion quant au contenu même de la règle qui se trouve, au final, appliquée par les magistrats, et – ce qui est une conséquence de la proposition précédente – que ces juridictions ne procèdent, semble-t-il, qu'exceptionnellement par affirmations péremptoires et ne recourent que rarement aux proclamations de principe que nous avons pu caractériser, en ce qui concerne les décisions françaises.

Nous entendons cependant mettre ici l'accent sur deux autres dimensions, qui nous semblent devoir ouvrir d'intéressants enseignements. Ces dimensions tiennent respectivement, au regard de la motivation des décisions rendues par les Cours du travail, à la « posture » particulière qu'adoptent les magistrats belges, d'une part, et à la place que prennent les analyses doctrinales dans leur raisonnement, d'autre part.

Nous nous bornerons à donner, à travers trois extraits de décisions, des illustrations de ces caractéristiques, qui constituent une différence manifeste entre les décisions des Cours du travail belges et celles des chambres sociales des Cours d'appel françaises.

§ 1. A propos de la « posture » particulière des magistrats belges

La « posture » singulière qu'adoptent les magistrats des Cours du travail est remarquablement illustrée par l'arrêt rendu par la Cour du travail de Mons le 5 janvier 2000, et plus particulièrement par l'extrait suivant – auquel rien n'a été ajouté ou retranché :

« 3. Attendu que si un texte légal ou réglementaire ne peut nécessairement être considéré comme étant " clair ", du seul fait que ses termes ne paraissent pas poser de problème d'interprétation quant à leur sens, étant notamment conçu dans un contexte dont il y a lieu de tenir compte et avec des mots dont la compréhension ne peut être réduite à leur sens usuel eu égard au caractère polysémique de ceux-ci, il sied de constater que la problématique soumise en l'espèce à la Cour ne concerne pas la compréhension des termes de la disposition applicable à l'époque où fut rendue la décision administrative litigieuse mais seulement la question de savoir s'il n'y a pas lieu de comprendre celle-ci en ajoutant une condition qui n'y figure pas au motif qu'elle y a figuré dans une version antérieure et y figure toujours dans sa version

néerlandaise (voyez quant à la critique de la doctrine du sens clair des textes M. van de Kerchove, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique", in l'interprétation en droit, Editions Fac. univ. Saint-Louis, 1978, p. 13 et suivantes) ;

Qu'il n'apparaît donc pas que le silence du texte de même que l'absence d'une condition qui y a figuré dans une version antérieure puissent faire l'objet de quelque interprétation ;

Que la circonstance qu'à l'occasion des modifications successives de la disposition la condition précitée ait été maintenue dans la version néerlandaise du texte ne peut davantage être interprétée comme une expression de la volonté du législateur d'inclure cette condition dans la loi, celui-ci ayant pu également précisément omettre de la supprimer dans cette version

4. Attendu qu'à supposer toutefois que le texte applicable puisse faire l'objet de quelque interprétation, quod non eu égard à ce qui précède, on observera que les directives d'interprétation soumises à l'appréciation de la Cour ne constituent que des méthodes d'interprétation élaborées par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre d'une théorie générale du droit et des principes de philosophie du droit qui font elles-mêmes l'objet de controverses lorsqu'elles ne se contredisent pas ;

Que l'on relèvera par exemple que si l'appelant entend notamment recourir aux directives de l'interprétation historique il omet de mentionner que la première de ces directives stipule que lorsque le texte législatif est clair il n'y a pas lieu de l'interpréter ; que seul un texte déclaré obscur pourra faire l'objet d'une interprétation (voyez sur ce point Ph. Gérard, " Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur " in l'interprétation en droit, Editions Fac. univ. Saint-Louis, 1978, et plus particulièrement le chapitre I intitulé " Les directives de l'interprétation historique ", p. 52 et suivantes) ; qu'ainsi que le relève Philippe Gérard "Par conséquent, eu égard à la méthode historique, cette directive ne permet le recours aux travaux préparatoires que si le texte de la disposition applicable semble obscur" (Philippe Gérard, op. cit., p. 54) ; qu'en l'espèce on ne peut parler d'obscurité du texte applicable tout au moins en ce que ce texte ne dit pas ;

5. Attendu par ailleurs que si le recours aux travaux préparatoires d'une loi peut avoir une valeur indicative lorsque le texte de celle-ci n'est pas clair et qu'un doute subsiste quant au sens à donner à l'un de ses termes, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, on observera que les auteurs les plus éminents dénoncent les dangers du recours à cette méthode d'interprétation et la rejettent ; qu'ainsi Capitant fait observer qu'en utilisant ces travaux, le Juge compromet la sécurité juridique car les justiciables ne règlent leur conduite qu'en fonction du texte législatif et non des travaux préparatoires (voyez H. Capitant, l'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires, in Dalloz, 1935, Chr., p.77-80)¹⁶⁹.

On le voit, les magistrats de la Cour du travail de Mons se situent, ici, clairement sur le terrain de la théorie du droit, terrain que n'investissent quasiment jamais les magistrats d'appel français. Cette démarche traduit une prise de distance du juge, par rapport à l'activité interprétative qu'il exerce, révélant ainsi une posture que l'on ne détecte guère chez les juges du fond en France – au regard de la motivation des décisions qu'ils rendent, tout du moins. Cette posture peut être qualifiée d'« externe modérée », dans la mesure où elle conduit à s'interroger sur les présupposés, les fondements, voire la méthodologie, de l'activité interprétative qu'ils mettent en œuvre au quotidien. Et ce, dans le cadre même de leur décision. Une telle attitude se situe aux antipodes de celle, généralement adoptée par les Cours d'appel françaises, consistant pour le juge à nier ou à occulter l'acte interprétatif qu'il effectue et à laisser croire que la signification qu'il contribue ainsi à construire procède d'une

¹⁶⁹ CT Mons 5 janv. 2000 (n° : JS53166_1).

simple déduction du texte interprété. Tandis que les juges français tiennent délibérément dans l'ombre, le plus souvent, la démarche interprétative qu'ils ont mise en œuvre, les juges belges prennent, ici, l'activité interprétative, en tant que telle, comme... objet d'analyse. C'est ainsi que, dans la décision dont nous venons de rapporter un extrait, les magistrats de Mons, en se référant explicitement à des travaux de théorie du droit, ont procédé à une démonstration en plusieurs étapes, chacune de ces étapes donnant lieu à une proposition théorique se rapportant à la problématique générale de l'interprétation juridique.

Les magistrats, prenant en considération les critiques qui ont pu être faites de la doctrine du sens clair des textes (c'est la référence au célèbre article du Professeur Michel van de Kerchove), ont, tout d'abord, observé que la problématique qui leur était soumise ne concernait pas la compréhension des termes du texte applicable au litige et ne soulevait pas une question d'interprétation, puisque c'est du silence du texte ou de l'absence d'une condition qui y avait figuré dans une version antérieure dont il était question. En outre, ajoutaient-ils, il ne saurait être tiré de la circonstance que ladite condition ait été maintenue dans la version néerlandaise du texte en cause la conséquence que le législateur ait voulu inclure cette condition dans la loi.

La Cour du travail de Mons n'en estima pas moins opportun de développer une argumentation subsidiaire, dans l'hypothèse où l'on admettrait néanmoins que le texte applicable puisse faire l'objet d'une interprétation. Se plaçant dans cette perspective, les magistrats développèrent un raisonnement en trois temps. Dans un premier temps, ils soulignèrent que les directives d'interprétation invoquées devant la Cour demeurent controversées, et ne sont, en définitive, que des méthodes élaborées au départ d'un cadre théorique et de principes de philosophie du droit qui sont eux-mêmes discutés. Dans un second temps, il contestèrent la pertinence, en l'espèce, du recours à la méthode historique, pour la raison suivante : cette méthode est assortie du postulat suivant lequel il n'y a lieu à interprétation que si le texte se révèle obscur ; or il ne saurait être question de parler de l'obscurité d'un texte au regard de ce qu'il ne dit pas. Enfin, dans un troisième temps, les magistrats mirent l'accent sur le fait que cette méthode était désormais rejetée par les auteurs les plus éminents en raison de ses dangers, Henri Capitant ayant notamment fait valoir que le recours par le juge aux travaux préparatoires compromettait la sécurité juridique, dans la mesure où les justiciables règlent leur conduite en fonction du texte législatif – et de lui seul. Ainsi, au travers de ces trois étapes du raisonnement, les magistrats de Mons s'avançaient sur le terrain de la théorie du droit, en cherchant à montrer : 1) que la méthode historique d'interprétation n'a qu'une valeur toute relative ; 2) que les présupposés, qui lui sont associés, interdisent de l'appliquer, en l'espèce, puisque l'interprète n'est pas confronté à un texte obscur s'agissant du point litigieux ; 3) qu'en tout état de cause, le recours à cette méthode se heurte à de nombreuses objections et que cette méthode est aujourd'hui rejetée par les plus éminents auteurs.

Ces considérations mettent bien en évidence le fait que les magistrats belges, loin de s'enfermer dans un « système dogmatique » dont ils se refuseraient à mettre en question les préceptes, n'hésitent pas, au contraire, à se situer sur le plan de la théorie du droit, et à intégrer à leur analyse les réflexions critiques sur le raisonnement juridique, ses procédés et ses méthodes – c'est-à-dire les travaux théoriques prenant pour objet les représentations internes des juristes, qui, en France, non seulement ne sont qu'exceptionnellement mises en question par les magistrats dans le cadre de leurs décisions, mais, en outre, officient essentiellement comme des postulats, au demeurant inavoués (dans la mesure où, le plus souvent, ils ne sont point exprimés dans la décision en tant que telle), mis en œuvre à l'occasion du raisonnement, et en particulier de l'activité judiciaire d'interprétation des textes.

Ce type de raisonnement ne se retrouve jamais, à notre connaissance, dans les arrêts rendus par les Cours d'appel françaises.

§ 2. A propos de la place de la doctrine dans le raisonnement des magistrats belges

Ce qui frappe par ailleurs l'esprit du juriste français, lorsqu'il examine les décisions des Cours du travail belges, c'est la place qui se trouve réservée aux analyses doctrinales dans la motivation de ces arrêts, et, partant, dans le raisonnement des magistrats. Disons-le sans réserve : les analyses doctrinales occupent une place centrale dans la motivation des magistrats belges. Les illustrations qui suivent ne sont que des exemples, choisis parmi des dizaines d'autres.

Nous nous limiterons notre propos à quelques observations.

L'on constate, tout d'abord, que la référence aux travaux de la doctrine juridique prend place, dans les arrêts des Cours du travail, aux côtés de la référence à la loi et à la jurisprudence de la Cour de cassation (belge) ainsi qu'aux solutions retenues par les Cours du travail (ce qui d'ailleurs, en soi, mérite également d'être souligné). Citons, à ce titre, un extrait d'une décision de la Cour du travail de Mons, rendue en date du 7 juin 2005, relative au problème de la modification du contrat de travail :

« S'agissant de l'acceptation tacite résultant de l'absence de réaction du travailleur ou de la tardiveté de celle-ci et qui opère novation, la Cour estime qu'en l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, il lui revient d'apprécier le caractère " raisonnable " du délai écoulé au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce et non de manière intellectuelle et abstraite.

Il a en effet été statué par la Cour du travail de Liège "que le travailleur dispose du délai nécessaire pour prendre attitude au sujet d'une modification contractuelle. Pendant cette période de réflexion, l'exécution des nouvelles conditions de travail ne vaut pas consentement" (C.T. Liège, 3 mai 1993, J.T.T. 1993, p. 361).

Selon la Cour de Cassation, le consentement du travailleur "ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui manifestent avec certitude la volonté des parties qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation" (Cass. , 26 avril 1979, Pas. 1979, I, 1013).

Il a été jugé que le délai de réflexion laissé au travailleur est donc susceptible de varier en fonction du temps qui lui est nécessaire pour apprécier la nature réelle de la situation nouvelle qui lui est faite et les conséquences de l'acceptation ou du refus de celle-ci (C.T. Liège, op.cit).

Par ailleurs, selon Crahay "Lorsque le salarié a exprimé son opposition à la modification, la continuation de la relation de travail ne traduit pas de façon non équivoque son accord sur les nouvelles conditions de travail, la poursuite de la collaboration peut s'expliquer notamment par la crainte du salarié de perdre brusquement son emploi ou par l'espoir de trouver un arrangement avec l'employeur " (P. Crahay, la modification du contrat de travail, J.T.T. 1985, p. 5).

Enfin, il est de jurisprudence qu'il ne peut y avoir d'acte équipollent à rupture de contrat que lorsque la modification est devenue effective et non pas en cas de proposition de

modification (voyez notamment T.T. Bruxelles, 24 octobre 1988, J.T.T. 1989, page 135 ; C.T. Liège, 1er décembre 1994, C.D.S. 1995, p. 230) »¹⁷⁰.

Cet exemple nous semble très éloquent : la référence à l'analyse développée par un auteur de doctrine (P. Crahay), non seulement constitue l'un des maillons du raisonnement des magistrats, mais se trouve convoquée au même titre et sur le même mode que la référence à la jurisprudence de la Cour de cassation ou aux décisions des juges du fond, parmi lesquelles celles d'autres Cours du travail.

L'intégration dans le raisonnement des magistrats, tel qu'il résulte de la motivation des arrêts, d'une ou plusieurs analyses doctrinales ne relève pas de l'artifice. La référence aux travaux de la doctrine ne présente pas un caractère ornemental – loin de là. En atteste le fait que les juges des Cours du travail prendront soin de souligner, dans leurs décisions, que l'une des parties au litige a fait, dans ses conclusions, une lecture, sinon partielle, en tout cas erronée, des analyses produites par certains auteurs, et, au besoin, expliqueront qu'ils ne partagent pas les opinions défendues par une partie de la doctrine. La Cour du travail de Bruxelles, dans une décision du 12 janvier 2005, a ainsi été amenée à corriger la présentation qui avait pu être faite, dans les conclusions de la salariée, de certaines études doctrinales, et à prendre, par ailleurs, position par rapport aux vues défendues par des auteurs cités dans ces conclusions :

« Les conclusions principales déposées pour Madame M. ne donnent pas une vue fidèle de la jurisprudence et de la doctrine en matière de consommation d'alcool au travail. Les arrêts de la Cour de cassation qu'elle cite, relatifs à l'état d'intoxication alcoolique, ne traitent pas du travail, mais bien de roulage (Cass., 24 avril 1974, Arr. Cass., 1974, p. 916) ou de police d'assurances relative aux accidents de roulage (Cass., 16 février 1971, Arr. Cass., 1971, p. 581). Certains des auteurs cités défendent précisément la thèse inverse, que celle que ces conclusions leur attribuent: W. Van Eeckhoutte et I. Plets disent que l'état répété d'ivresse et d'intoxication alcoolique au travail, malgré des avertissements répétés, peut constituer un motif grave (p. 579). Ils envisagent d'ailleurs une situation très proche de celle de la présente espèce, celle dans laquelle l'employeur invite le travailleur à choisir entre une cure de désintoxication et le licenciement pour motif grave, et concluent que le motif grave peut être justifié dans ce cas (p. 580).

La Cour du travail ne suit pas l'avis des autres auteurs cités dans les conclusions, suivant lesquelles seule la notion d'ivresse, définie comme le fait de se trouver sous l'influence de la boisson au point d'avoir perdu le contrôle permanent de ses actes, est pertinente dans le contexte d'abus d'alcool sur les lieux de travail (Licenciement et démission, n° 170.1). Un état d'intoxication alcoolique qui entraîne une perturbation, même limitée, du comportement de l'intéressé, peut constituer un motif grave de rupture dès lors qu'il se répète malgré les avertissements de l'employeur et l'invitation de celui-ci à régler le problème de dépendance avant de reprendre le travail »¹⁷¹.

Les travaux de la doctrine, il convient de le souligner, ne sont pas mobilisés par les magistrats sous l'angle exclusif des points de vue défendus par les auteurs. Ces travaux sont, semble-t-il, appréhendés comme une matrice, en quelque sorte, dans laquelle le juge puise la substance de son raisonnement et de son argumentation, en particulier. C'est ainsi dans les travaux de Madame Viviane Vannes, de l'Université Libre de Bruxelles, que la Cour du travail de Mons a pu, dans une décision du 4 mars 2004, tirer un extrait des travaux préparatoires de la loi du 3

¹⁷⁰ CT Mons 7 juin 2005 (n° JS61644_1).

¹⁷¹ CT Bruxelles 12 janv. 2005 (n° JS61668_1).

juillet 1978 relative aux contrats de travail, comme en atteste la source citée par les magistrats eux-mêmes :

« Les travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1978 précisent que : " Le droit du travail est allé au-delà de l'article 1184 du Code Civil en supprimant l'autorisation préalable des tribunaux pour prononcer la résolution du contrat en inexécution fautive ; il n'a toutefois pas interdit l'application éventuelle de cette disposition... Il ne paraît pas indiqué de supprimer la possibilité de recourir à cette procédure si l'une des parties y trouve son avantage (cité par V. VANNES : " Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques deuxième édition BRUYLANT p. 668 n°914) »¹⁷².

La doctrine intervient ici, pour le juge, comme une caution ou garantie de ce qu'il est, ou non, permis de tirer des enseignements des travaux préparatoires de la loi interprétée dans le cadre du litige. Mais le phénomène inverse peut également être repéré dans certains arrêts : c'est le détour par les études doctrinales ayant diagnostiqué que l'examen des travaux préparatoires d'une loi se révélait passablement stérile, qui établira, aux yeux du juge, la vanité de la démarche visant à tenter de dégager des enseignements de ces travaux pour établir, sur tel ou tel point, la signification d'un texte. C'est, à n'en point douter, une considération de ce type qui sous-tend cet attendu, issu d'une décision de la Cour du travail de Liège :

« Attendu que ce sont les articles 68 et 69 de la loi qui instaurent le nouveau système de sanctions, malheureusement en termes souvent obscurs et lacuneux, peu explicités par les travaux parlementaires préparatoires et, partant, source d'interrogations, d'incertitudes et d'interprétations (cf. D. CLAES et S. VAN WASSENHOVE, art. cit., pp. 302 et suiv. ; R.-Ch. GOFFIN et F. LAGASSE, "La nouvelle réglementation applicable en cas de licenciement collectif", J.T., 1998, p. 545, spéc. p. 507 et suiv. ; Th. CLAEYS et H.-F. LENAERTS, "Les nouvelles dispositions en matière de licenciements collectifs", Orient., 1998, p. 153, spéc. pp. 157 et suiv.) »¹⁷³.

Par-delà cet aspect, il n'est pas rare que la présentation qu'un auteur donne du droit positif soit prise en référence par la Cour du travail, cet exposé étant envisagé comme rendant compte notamment des solutions adoptées par les tribunaux. Une décision rendue par la Cour du travail de Liège, en date du 13 novembre 2003, en fournit un bon exemple, dans une affaire où le salarié demandait la condamnation solidaire de la société mère et d'une de ses filiales pour avoir, selon lui, échafaudé une construction fallacieuse qui s'est soldée par la mise en liquidation de la société dont il était salarié, les magistrats belges se référant à l'étude d'un auteur pour justifier de ce qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'une telle condamnation solidaire soit prononcée, qu'un lien de droit existe entre ces sociétés :

« Il n'est cependant pas requis qu'il y ait des liens de droit entre ces personnes juridiques distinctes puisque seul compte l'exercice du pouvoir d'autorité. Le fait qu'une seule des personnes juridiques verse la rémunération au travailleur est indifférent, cet élément n'étant pas élisif de la qualité d'employeur (cf. Cl. WANTIEZ et V. VANNES, " La notion d'employeur en droit du travail " in " Le contrat de travail et la nouvelle économie ", Edit. Jeune Barreau Bruxelles, 2001, p.37, spéc. p. 54, citant notamment Cour trav. Liège, 18 octobre 1995, Chr.D.S. 1997, p.231) »¹⁷⁴.

¹⁷² CT Mons 4 mars 2004 (n° JS607771_1).

¹⁷³ CT Liège, sect. de Liège, 2 oct. 2002 (n° JS54122_1).

¹⁷⁴ CT Liège, sect. de Namur, 31 nov. 2003 (n° JS60530_2).

§ 3. Quels enseignements tirer du rapprochement entre les décisions des Cours du travail belges et les décisions des chambres sociales de Cours d'appel françaises ?

La place accordée à la doctrine dans le raisonnement des magistrats belges, au regard tout du moins des décisions rendues par les Cours du travail, révèle que ces décisions se réalisent sur le mode du dialogisme, au travers de l'interaction entre les discours – y compris les discours doctrinaux. A la différence des arrêts rendus par les Cours d'appel françaises, le dialogisme est, ici, montré. Il se dévoile et trouve sa traduction dans le cadre même de la motivation des décisions judiciaires.

Cette différence ne porte pas sur la dimension constitutive du dialogisme dans le cadre des décisions belges et françaises – nous avons pu le caractériser de part et d'autre. Elle porte uniquement sur le dévoilement de ce dialogisme, sur sa traduction dans la décision elle-même.

Comment expliquer une telle différence ?

L'explication liée à la position de la juridiction dans l'ordre juridictionnel ne semble pas apporter d'éclairage décisif à ce titre, puisque – nous semble-t-il – les Cours d'appel françaises et les Cours d'appel du travail belges occupent une position comparable au sein des systèmes juridiques nationaux auxquels elles se rattachent. La raison d'être de cette différence paraît, de la sorte, devoir être recherchée ailleurs.

Il nous semble que la clef la plus pertinente est celle... du dialogisme.

Expliquons-nous. Nous avons montré que les décisions des Cours d'appel françaises – et cela vaut également pour les décisions des Cours du travail belges – s'accomplissent et oeuvrent sur le mode du dialogisme. Sur le mode de l'interdiscours. Or, l'une des facettes, l'une des dimensions, essentielles de ce dialogisme tient, en amont de la décision, aux relations qui s'instituent entre les conclusions des parties au procès et le discours des magistrats d'appel, et, en aval de la décision judiciaire, à la perspective bien sûr d'une éventuelle cassation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel.

Si les décisions judiciaires des chambres sociales des Cours d'appel françaises présentent une dimension argumentative relativement faible en ce qui concerne la justification de la prémisse de leur raisonnement et si leur mode de justification est celui d'un dialogisme non pas montré mais constitutif (et, en l'occurrence, voilé), c'est, pensons-nous, parce qu'elles s'inscrivent, en réalité, dans une chaîne discursive, dont elles ne sont qu'un maillon, et où le modèle implicite de référence, celui que tendent à mettre en œuvre les différents acteurs du procès (magistrats, avocats, etc.), neutralise, peu ou prou, le déploiement argumentatif et qui correspond sans aucun doute à une autre matrice paradigmatique que celle qu'incarnerait, à lui seul, le paradigme de l'argumentation en droit.

Les décisions judiciaires françaises reflètent, de ce point de vue, le modèle qui les sous-tend et dont procède également les discours qui les traversent. Quant à la question de savoir si ce modèle est assumé ou pas, mis en œuvre consciemment ou non, elle dépend essentiellement de la place qui est faite à la théorie du droit - et, entre autres, à la théorie de l'argumentation juridique - dans la formation des juristes et des traces, de l'écho (dialogique) qu'elle trouve en fin de compte dans le discours juridique. Notamment celui des praticiens du droit.

Conclusion de la PARTIE I

L'examen des décisions rendues par les Cours d'appel en droit du travail délivre plusieurs enseignements principaux.

Il faut, tout d'abord, constater que les propositions normatives auxquelles s'adosse le raisonnement des Cours d'appel fait, quantitativement parlant, assez rarement l'objet d'une argumentation spécifique. La plupart du temps, aucun argument, aucune justification argumentée, ne vient conforter le choix de la prémisse normative. Cela s'explique, pour partie, par le fait que le cœur du raisonnement judiciaire n'est pas toujours, loin s'en faut, centré sur la discussion autour du contenu de la ou des normes juridiques mises en œuvre dans le cadre du jugement, et que bon nombre de décisions se jouent sur le terrain de l'appréciation des faits. Par ailleurs, lorsque la justification présente un caractère argumenté, ce n'est dans le meilleur des cas qu'un argument qui se trouve avancé – à l'état isolé. Un argument dont on peut penser qu'il trouvait place, du reste, dans les conclusions produites par l'une des parties. Cela explique que, dans la masse considérable de décisions qui ont été examinées par le groupe de travail, aucune n'inscrit dans le cadre de sa motivation un conflit d'arguments, s'agissant, répétons-le, de la justification de la norme juridique dont procède la décision. Quant à l'argument avancé, il procède généralement d'un modèle juridique qui apparaît fortement éprouvé dans le champ de la théorie du droit. Ainsi retrouve-t-on en bonne place, sous une forme ou sous une autre, l'argument du sens clair des textes ou l'idée – connexe – que le texte imposerait telle ou telle signification. Quelques arguments, tel l'argument conséquentialiste (ou pragmatique), ne relativisent à la marge ce constat, qui nous semble essentiellement s'expliquer par la faible place de la théorie du droit dans les Facultés de droit françaises. Là réside sans doute une part de l'explication de la différence flagrante entre les décisions d'appel françaises et les décisions rendues en Belgique par les Cours du travail, celles-ci reflétant une autre vision du droit – plus dialogique – et se trouvant parfois traversées par des considérations proprement théoriques qui visent à évaluer la pertinence des arguments avancés par les parties. Ce dont on ne trouve trace dans les décisions françaises.

A bien y regarder pourtant, l'on découvre que les décisions d'appel en droit du travail mettent en œuvre un mode de justification – mais que celui-ci ne se présente pas sous une forme argumentée ou argumentative. La justification des propositions normatives avancées par les Cours d'appel se réalise dans l'orientation du discours des magistrats vers l'amont et l'aval de leurs décisions. Dans une manière de s'inscrire dans la continuité discursive de discours antérieurs, tout particulièrement de la jurisprudence de la Cour de cassation – quitte à opérer au passage, discrètement, des ajustements de la norme jurisprudentielle. Dans une manière, aussi, d'anticiper l'éventualité d'un pourvoi en cassation. Tout se passe comme si les décisions judiciaires d'appel étaient prises dans une chaîne discursive ou dans un flux discursif dans lequel le déploiement argumentatif ne peut trouver place. A cela, les présupposés et implicites des discours participant à cette chaîne, à ce flux, ne sont probablement pas étrangers. Toute la question étant de savoir si ces présupposés et ces implicites sont rationnellement fondés. Ce qui soulève la question de leur adéquation à la théorie du droit dans son état le plus élaboré. Le cœur du problème réside dans les relations dialogiques qu'entretiennent ou non les discours des praticiens du droit avec ce « méta-discours » que l'on nomme théorie du droit.

Entrons à présent dans un autre champ discursif : celui des rapports et avis publiés en droit du travail, et se rapportant à des dossiers soumis à la Chambre sociale de la Cour de cassation.

PARTIE II. INVESTIGATIONS
DANS LE CHAMP DES RAPPORTS ET CONCLUSIONS
PUBLIÉS EN DROIT DU TRAVAIL

Cette seconde partie a, en premier lieu, pour objet de rendre compte des raisons et arguments que développent les avocats généraux, d'une part, et les conseillers de la Chambre sociale, d'autre part, dans le cadre des conclusions (ou avis) et des rapports qu'ils produisent à l'occasion du traitement d'un dossier soumis à la Cour de cassation. C'est en nous appuyant sur les rapports et conclusions ayant donné lieu à une publication dans une revue juridique – en même temps généralement que la décision elle-même – que nous allons procéder à cet examen (**Section 1**). Celui-ci nous conduira, dans un second temps, à nous interroger sur le rôle même que remplissent, notamment sur le terrain argumentatif, ces rapports et conclusions, dès lors qu'ils donnent lieu à publication. Nous serons alors amené à mettre en évidence leur orientation fondamentalement dialogique (**Section 2**). C'est, de la sorte, l'argumentation déployée dans cette *strate* particulière qui est celle du niveau jurisprudentiel, là où les normes générales s'élaborent, et, partant, le processus d'élaboration de la jurisprudence qui se révéleront de constitution dialogique.

Section 1. Les raisons et arguments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans le cadre de la procédure d'élaboration d'une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Nous nous attacherons, dans un premier temps, à identifier et caractériser les éléments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans le cadre emblématique de l'interprétation des textes de loi (§ 1). Puis nous soulignerons la place essentielle que ces discours accordent aux analyses doctrinales – et montrerons, partant, les relations dialogiques que ces discours « jurisprudentiels » entretiennent, dialogiquement, avec ces discours doctrinaux (§ 2).

§ 1. Les éléments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans leur raisonnement interprétatif : pluralisme et constructivisme

L'examen approfondi des rapports et conclusions permet d'identifier les éléments sur lesquels les conseillers rapporteurs et les avocats généraux s'appuient dans le cadre de leur activité interprétative, et la manière dont ces éléments se trouvent appréhendés par eux. Ce n'est pas seulement une représentation de la structure même de l'acte d'interprétation qui est donnée à voir implicitement à travers le prisme des discours judiciaires dits « internes ». Un *contenu* est révélé, qui n'est autre que la substance, la matière, mobilisée par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux en vue de déterminer la signification du texte interprété. C'est ce contenu que nous nous efforcerons d'identifier, à travers les éléments pris en considération par ces magistrats, tels qu'ils apparaissent dans les rapports et les conclusions publiés. Conformément à l'optique descriptive à laquelle nous restons fermement attaché, nous nous emploierons à identifier les éléments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux, sans qu'il ne soit aucunement question de porter un jugement de valeur sur l'opportunité de les intégrer ou non à l'activité interprétative du juge – car tel n'est définitivement pas notre propos. Ainsi serons-nous amené à rendre compte de la diversité de ces éléments. De leur *pluralisme* (A).

Nous prolongerons ces développements par quelques considérations qui apparaissent frappantes à la lecture (continue) des rapports et conclusions. Nous évoquerons alors la part constructiviste, ou tout simplement constructrice, de l'interprète judiciaire dans l'appréhension de ces éléments (B). L'interprétation, telle que la donnent à voir les rapports et conclusions publiés, apparaît, en effet, non seulement placée sous le signe du pluralisme, mais aussi sous celui du *constructivisme*, en ce sens que les éléments, sur lesquels s'appuient les interprètes, sont – partiellement – construits par eux. Ce qui n'est pas surprenant, dès lors qu'il s'agit précisément d'un contenu¹⁷⁵.

A. L'interprétation, une activité placée sous le signe du pluralisme

Les rapports et conclusions publiés font apparaître les raisons et arguments qui interviennent dans le processus de détermination du sens du texte. Ils mettent en lumière les éléments qui

¹⁷⁵ C'est là un des enseignements majeurs des théories épistémologiques contemporaines.

sont pris en considération, sinon par la formation – ici : la Chambre sociale de la Cour de cassation – qui statue, du moins par le conseiller rapporteur ou l’avocat général.

L’examen des rapports et conclusions publiés en accompagnement d’arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation révèle l’extrême diversité des éléments pris en compte par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux. L’on peut, à cet égard, parler de *pluralisme*, tant ces éléments apparaissent de nature différente. Il serait illusoire de vouloir en dresser un inventaire exhaustif. Aussi nous contenterons-nous de pointer un certain nombre de considérations qui reviennent très régulièrement sous la plume des conseillers rapporteurs et des avocats généraux, dans le cadre de ces publications. Le pluralisme interprétatif, tel qu’il émane du raisonnement tenu par les avocats généraux et les conseillers dans le cadre de leurs discours judiciaires « internes », concerne tout à la fois ce que nous appellerons les « sources de l’interprétation » (à savoir les « données » supposées guider ou contraindre l’activité interprétative du magistrat : textes, jurisprudence, etc.), et les arguments et méthodes d’interprétation mobilisés aux fins de détermination du sens du texte.

1. Le pluralisme des sources de l’interprétation

Les rapports des conseillers et les conclusions des avocats généraux donnent une représentation similaire des sources prises en référence par ces magistrats dans leur activité d’interprétation. Les *rapporteurs* se réfèrent, en effet, au moins implicitement, à une conception pluraliste des sources du droit. Concrètement, cela signifie que le conseiller (rapporteur) recherche les « éléments de solution », selon la formule de Monsieur Philippe Waquet, non seulement dans la loi elle-même, mais aussi dans ses travaux préparatoires, dans la jurisprudence, la doctrine et éventuellement les positions de l’Administration¹⁷⁶. L’on retrouve une attitude identique chez les *avocats généraux*, qui cherchent, dans la doctrine et la jurisprudence, un « éclairage », pour reprendre la formule de Monsieur l’avocat général Yves Chauvy¹⁷⁷. C’est également par un examen attentif, approfondi, des textes, des décisions judiciaires, de la doctrine, des circulaires administratives et des réponses ministérielles, notamment, que l’avocat général s’efforcera, le cas échéant, de définir les contours d’une notion, afin d’éclairer la décision de la Cour de cassation¹⁷⁸.

Contrairement à ce que l’on a parfois pu prétendre, le *texte*, et spécialement le texte légal, n’est nullement réduit au statut d’ornement de la décision interprétative. L’existence même du texte constitue, en tant que telle, une limite de l’interprétation¹⁷⁹. Les rapports comme les

¹⁷⁶ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « L’employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou « dans un emploi équivalent » ? », Rapport Cass. soc. 24 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990, spéc. pp. 330-332. Pour un exemple de prise en compte de l’opinion émise par le ministre du travail, dans une circulaire administrative, voir : Ph. Waquet, « Le comité d’entreprise peut-il organiser un référendum auprès du personnel ? », Rapport Cass. soc. 19 déc. 1990, *Dr. soc.* 1991, spéc. p. 268.

¹⁷⁷ Y. Chauvy, « Employés de maison. Pour une vocation quasi générale du Code du travail à régir le salariat : le cas type de la protection des employés de maison contre les licenciements injustifiés », Conclusions Cass. soc. 13 janv. 1994, *RJS* 1994, p. 164 (« 2. L’éclairage jurisprudentiel et doctrinal ») ; Y. Chauvy, « Représentation du personnel. Accès aux fonctions représentatives. Conditions d’ancienneté et notion de temps de travail effectif », Conclusions Cass. soc. 18 nov. 1992, *RJS* 1993, p. 19.

¹⁷⁸ Voir, s’agissant de la notion d’astreinte : Y. Chauvy, « Astreintes et temps de repos », Conclusions Cass. soc. 28 oct. 1997, *RJS* 1998, p. 2 et s., plus spéc., pp. 4-7.

¹⁷⁹ En l’occurrence, ici, de l’interprétation jurisprudentielle.

conclusions (ou avis) tendent à appréhender le texte comme une contrainte de l'interprétation. Un jalon qui fixerait des limites à la liberté de l'interprète.

Dans le discours des conseillers (rapporteurs) et des avocats généraux, le texte se présente comme un système de contraintes consistant à poser des données qui délimitent la marge de manœuvre de l'interprète. Le texte apparaîtra, parfois, pour l'avocat général, comme un obstacle empêchant de consacrer une solution susceptible de prendre en compte la « réalité objective » des liens existant entre le salarié et ceux qui semblent être ses co-employeurs¹⁸⁰. Une disposition légale pourra, de la sorte, être perçue comme un « obstacle de droit », empêchant d'élargir les exceptions d'une règle au-delà des exceptions qu'elle vise de manière expresse¹⁸¹. Et c'est bien parce qu'il se trouve envisagé – dans une certaine mesure, au moins – comme une contrainte, que le texte, lorsqu'il se trouve remanié, invite à un réexamen de la signification, qui lui était conférée auparavant. Ainsi le conseiller rapporteur viendra-t-il à s'interroger, en cas de modification des dispositions légales, sur la question de savoir dans quelle mesure le(s) texte(s) nouveau(x) est (ou sont) susceptible(s) de modifier les "données" de l'interprétation, et donc, la solution retenue jusqu'alors par la Cour de cassation¹⁸². Dans le même ordre d'idées, les conseillers rapporteurs et les avocats généraux manifestent quelquefois le souci de ne point trop ajouter au texte de loi. Ainsi Monsieur Jean-Yves Frouin déclarait-il, dans l'un de ses rapports¹⁸³ : « Le problème est qu'on ne peut poser une règle comme celle suggérée par la circulaire sans ajouter à la loi, et sans ajouter... beaucoup à la loi (...). Ce n'est pas seulement interpréter la loi, ce n'est pas seulement ajouter à la loi, c'est refaire la loi. Même s'il est vrai que la loi comporte une lacune et une lacune tout à fait

¹⁸⁰ Ainsi, par exemple, s'agissant des relations triangulaires, dans le domaine des services aux personnes, entre les associations de placement des particuliers et les salariés (J. Duplat, « Responsabilité des associations de services aux personnes », Conclusions Cass. soc. 28 nov. 2000, *RJS* 2001, spéc. p. 108, qui, après avoir relevé les dérives consistant notamment en une sorte de partage du lien de subordination entre l'association et le particulier, estime que la notion de co-employeurs, si elle correspond à la réalité des liens existant entre les différents protagonistes, présente néanmoins « l'inconvénient de ne pas être compatible avec le texte de l'article L. 129-1, I, 1° du Code du travail dont la philosophie repose sur l'existence de contrats de travail et de mandats distincts, le particulier étant seul employeur et le salarié tiers au contrat de mandat entre l'association et le particulier »).

¹⁸¹ Confronté à la question de savoir si le salarié temporaire, obtenant le bénéfice d'une requalification des contrats de travail temporaire en un contrat à durée indéterminée, peut cumuler, ou non, l'indemnité compensatrice de préavis (conséquence normale du licenciement intervenant en raison de la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée) et l'indemnité de précarité (prévue par l'article L. 124-4-4 du Code du travail, s'agissant du contrat de travail temporaire), Monsieur Duplat envisage ainsi, dans ses conclusions de l'affaire *Lopes c/ Sté Matrax*, l'article L. 124-4-4 comme « un obstacle de droit », selon ses propres termes, à la thèse (que défendait le pourvoi) du non-cumul des indemnités, en raison du refus par le salarié intérimaire, à la fin de la mission, du contrat à durée indéterminée qui lui avait été proposé par l'entreprise utilisatrice. En effet, précise-t-il, l'article L. 124-4-4 du Code du travail, à l'exception des trois autres cas d'exclusion qu'il prévoit (mais qui étaient sans incidence dans cette espèce), « n'exclut l'obligation du versement de l'indemnité de précarité qu'au cas où le salarié « bénéficie immédiatement d'un contrat à durée indéterminée avec l'entreprise utilisatrice », et non dans le cas de refus d'une telle proposition » (J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 429). L'on remarquera néanmoins, au passage, qu'ériger en « obstacle de droit » un texte de loi revient peu ou prou à occulter l'interprétation, qui autorise précisément le passage du texte à la norme (de droit). Il y a donc là un raccourci discutable, sous l'angle de la théorie du droit.

¹⁸² Voir, not. : S. Bourgeot, « Maladie ou accident. Nullité du licenciement prononcé au seul motif du classement d'un salarié en invalidité de la deuxième catégorie », Rapport Cass. soc. 13 janv. 1998, *RJS* 1998, s'agissant des articles L. 122-24-4 et L. 122-45 du Code du travail, après la loi du 31 décembre 1992 ; J.-Y. Frouin, « Force majeure, cause de rupture du contrat de travail », Rapport Cass. soc. 12 fév. 2003, *op. cit.*, à propos de l'article L. 122-9-1 du Code du travail, issu de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

¹⁸³ S'agissant d'une affaire où la Chambre sociale était amenée à se prononcer sur le problème de la détermination du délai d'opposition en matière de révision d'une convention ou d'un accord collectif de travail.

regrettable, on peut difficilement, nous semble-t-il, aller jusque là »¹⁸⁴. Il n'est pas rare de rencontrer ce genre de considérations sous la plume des avocats généraux, lesquels ne manquent pas, au besoin, de faire remarquer que tel texte n'autorise pas telle ou telle interprétation, et de mettre en garde la Chambre sociale de la Cour de cassation contre la tentation d'aller « au-delà du texte du Code du travail »¹⁸⁵, dont l'interprétation est requise.

La *jurisprudence* se présente, elle aussi, comme une composante essentielle des discours judiciaires dits « internes » des rapporteurs et des avocats généraux, lesquels l'envisagent, au moins dans une certaine mesure, comme une contrainte interprétative. La jurisprudence, dont il est question, sera, le cas échéant, celle de la Cour de Justice des Communautés européennes. Le rapporteur insistera éventuellement sur la nécessité, pour la Cour de cassation, de se conformer¹⁸⁶ aux arrêts de la CJCE qu'il sera, dès lors, conduit à analyser et interpréter¹⁸⁷. Mais, le plus souvent, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, et plus spécialement – s'agissant de rapports et conclusions en droit du travail – celle de la Chambre sociale, qui est, en quelque sorte, convoquée. Les rapports des conseillers comportent même parfois de larges extraits de la motivation de certaines décisions antérieures¹⁸⁸. Qu'il s'agisse ou non d'interpréter un texte de loi, les magistrats, dans leur discours judiciaires « internes »,

¹⁸⁴ J-Y. Frouin, « L'appréciation du délai d'opposition », Cass. soc. 10 juill. 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1084, p. 9. Ainsi le rapporteur estimait-il difficile, pour la Chambre sociale, en l'état de la rédaction de l'article L. 132-7 du Code du travail, de poser la règle de l'exigence d'une notification à l'ensemble des organisations syndicales parties à la négociation de l'avenant signé, et de dire qu'elle incombe à telle organisation, puisqu'elle se fait par lettre recommandée avec accusé de réception et que le délai d'opposition ne court qu'à compter de la réception. Poser une règle pour l'avenir serait dans l'absolu la meilleure solution, estime-t-il, mais elle conduirait la Cour de cassation à se « substituer au législateur » (*Ibid.*). Ce qui lui semble inopportun.

¹⁸⁵ G. Picca, « Transfert au comité d'entreprise des activités sociales de l'entreprise. Accès du comité au fichier du personnel », Conclusions Cass. soc. 2 juin 1993, *RJS* 1993, p. 414. Cette tentation était celle à laquelle les juges du fond, selon l'avocat général, avaient précisément cédé, en mettant à la charge de l'employeur des obligations que n'impose pas le texte de l'article L. 434-8 du Code du travail – en l'occurrence : tous les moyens nécessaires au fonctionnement des activités sociales et culturelles, non seulement matériels (local, etc.), mais également des éléments tels que le fichier du personnel afin de connaître les bénéficiaires de son action. Voir aussi les conclusions rendues dans la célèbre affaire *Clavaud* : H. Écoutin, « Libertés fondamentales et licenciement », Conclusions Cass. soc. 28 avril 1988, *Dr. soc.* 1988, spéc. p. 428, qui conteste le raisonnement tenu par les juges du fond, consistant à faire application de l'article L. 461 du Code du travail à l'hypothèse de l'exercice par le salarié de la liberté d'expression *hors* de l'entreprise, alors que ce texte, estime l'avocat général, concerne l'exercice du droit (collectif) d'expression *dans* l'entreprise. Il est, dit-il, « des extrapolations auxquelles le juge peut se livrer, à la condition d'aller du général au particulier, non l'inverse. Or partir d'un droit, bien qu'expressément reconnu par une disposition du Code du travail, pour en étendre le domaine d'application à des temps et lieux étrangers à l'activité professionnelle, c'est bousculer la succession des événements dans le temps. Jamais un fleuve ne remonte son cours » (*Ibid.*). La Chambre sociale reprendra à son compte cette analyse, dans l'arrêt qu'elle rendra (Cass. soc. 28 avril 1988, *Dr. soc.* 1988, pp. 430-431, avec la note de G. Couturier). Derrière cette analyse, subrepticement, ce sont les limites du texte, et, partant, les limites de l'interprétation qui se trouvaient en quelque sorte affirmées. Autrement dit, l'idée que l'on ne saurait rattacher à un texte n'importe quelle signification (contrairement à ce que laissent parfois entendre les tenants de la déconstruction en droit). *Adde*, avec une nuance introduisant l'idée de « hiérarchie » des normes : Y. Chauvy, « Examen préalable et examen de reprise du travail après maladie ou accident », Conclusions Cass. soc. 12 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 23 (« Il ne faut rien faire dire à la loi, au règlement, de plus qu'ils ne contiennent, chacun à sa place : loi d'abord, règlement ensuite »).

¹⁸⁶ Voir, récemment : Y. Chagny, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », Rapport Cass. soc. 3 juin 2003 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2003, p. 845 (« Nous ne pouvons que nous ranger une nouvelle fois à la solution de l'arrêt préjudiciel »).

¹⁸⁷ Voir, par ex. : P. Bailly, « Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 11 mars 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 478, qui affirme, au terme de son examen, que l'on ne peut trouver dans les arrêts de la CJCE « l'affirmation d'un droit d'opposition du salarié » au transfert d'entreprise.

¹⁸⁸ Voir, not. : Ph. Waquet, « Le syndicat non signataire d'un accord collectif peut-il néanmoins en profiter ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, « II. – Les précédents », pp. 54-55.

font de la jurisprudence (de la Cour de cassation) une sorte de passage obligé¹⁸⁹. Le réflexe consiste à rechercher, dans de précédents arrêts, sinon la solution au problème qui leur est soumis, du moins un « germe » de solution ; il s'agit de trouver dans la jurisprudence antérieure, un éclairage susceptible d'orienter, éventuellement, la réponse à apporter au pourvoi¹⁹⁰. En tout cas lorsque l'orientation jurisprudentielle ne mérite pas, aux yeux du magistrat, d'être substantiellement révisée, autrement dit lorsqu'un changement de cap jurisprudentiel n'est pas à l'ordre du jour.

C'est, généralement, sous l'angle de l'exigence de *cohérence de l'œuvre jurisprudentielle* que les arrêts de la Chambre sociale, en particulier, sont pris en considération par les avocats

¹⁸⁹ Ce sont, dans la très grande majorité des cas, les *arrêts* de la Cour de cassation qui retiennent l'attention des conseillers rapporteurs ou des avocats généraux. Mais, s'il y a lieu, ces magistrats se référeront aussi à un *avis* rendu par la Cour de cassation sur un sujet voisin ou connexe (par ex. : J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 428, tirant argument d'un avis émis par la Cour de cassation le 24 janvier 2005). Le faible nombre de recours à la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation fait, cependant, qu'une telle référence ne peut qu'être, à l'heure actuelle, marginale.

¹⁹⁰ Voir, par ex. : J. Duplat, « Responsabilité civile des organisations professionnelles de transporteurs. Participation à un mouvement national », Avis Cass. soc. 11 janv. 2006, *RJS* 2006, spéc. p. 202. La question se posait, dans cette affaire, de savoir si la responsabilité de deux organisations syndicales nationales de travailleurs indépendants pouvait être retenue dans la commission d'actes illicites sur un site, à raison de leur incitation active à commettre ces actes. Pour y répondre, l'avocat général va s'efforcer, dans ses conclusions, de dégager les lignes directrices de la jurisprudence relative à la responsabilité civile des syndicats dans la commission d'actes illicites au cours d'une grève, pour en faire application – par analogie, en réalité – dans l'hypothèse en cause : « Même si, dans le cas d'espèce, la qualification de grève apparaît douteuse, il est possible de se référer à votre jurisprudence, qui applique les principes de la responsabilité civile, pour retenir la responsabilité des organisations syndicales dans la commission d'actes illicites au cours d'une grève, à savoir l'exigence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité direct ». Et le magistrat de rapprocher des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour dégager les principes qu'il convient, selon lui, d'appliquer en l'espèce : « Ainsi, dès votre arrêt du 19 décembre 1990 (Cass. soc. 19 décembre 1990 n° 4990 P : Bull. civ. V n° 698), vous avez posé le principe, en creux, que la responsabilité d'un syndicat ne peut être recherchée dès lors que n'est pas rapportée la preuve qu'il avait, de quelque façon que ce soit, participé à l'organisation de la grève ou aux abus commis au cours de celle-ci ». Mais d'autres arrêts, précise-t-il immédiatement, viennent nuancer ce principe « en creux » : « Par votre arrêt du 30 janvier 1991 (Cass. soc. 30 janvier 1991 n° 325 PF : *RJS* 3/91 n° 377, Bull. civ. V n° 40), vous avez décidé, à l'inverse, que la responsabilité du syndicat était engagée, dès lors que les entraves au libre accès de l'entreprise et à la liberté du travail avaient été effectuées sur les instructions du syndicat. Votre arrêt du 26 janvier 2000 (Cass. soc. 26 janvier 2000 n° 493 P : Bull. civ. V, n° 38, Dr. soc. 2000 p. 451) a précisé la nature de la participation fautive des syndicats au mouvement de nature à faire retenir leur responsabilité ». L'arrêt, poursuit Monsieur Jacques Duplat, « a ainsi décidé que les juges du fond ont à juste titre retenu la responsabilité des syndicats, dès lors qu'ils avaient constaté qu'ils avaient été constamment les instigateurs et les organisateurs de ce mouvement et qu'ils en avaient assuré la maîtrise et la poursuite, en incitant par des directives l'accomplissement des actes fautifs par les agents qui participaient au mouvement ». C'est en s'inspirant de cette jurisprudence que l'avocat général va préconiser le rejet du pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait retenu la responsabilité des deux organisations syndicales (de travailleurs indépendants). En s'inspirant de cette jurisprudence, disons-nous, car le magistrat retient, semble-t-il, une conception de la faute, susceptible d'engager la responsabilité civile des organisations syndicales, peut-être *moins exigeante* que celle retenue dans l'arrêt du 26 janvier 2000. Monsieur Duplat convient, en effet, que, dans le cas d'espèce, la Cour d'appel n'a pas constaté que les organisations syndicales nationales avaient appelé précisément au blocage du site, en particulier. Mais, poursuit-il, « était-il nécessaire, ainsi que le soutient le pourvoi, pour que la responsabilité des organisations syndicales soit engagée, qu'elles aient directement appelé au blocage du site d'Ambès ? Dès lors que l'on était en présence d'un appel national et général, incitant activement, ainsi qu'il ressort des constatations de l'arrêt relatant le contenu des messages des organisations sur leur site Internet, dans la presse professionnelle ou la grande presse, leurs adhérents à commettre des actes illicites, constitutifs de voies de fait pénalement réprimées, il n'apparaît pas excessif d'admettre, comme l'a fait la cour d'appel, que l'incitation active à commettre ces actes illicites, en assurant la conduite et la poursuite du mouvement, peut être imputée à faute pour l'ensemble des actes commis au cours du mouvement par les organisations locales qui réalisent l'action ». Et de conclure : « Dans une telle hypothèse, le caractère direct du préjudice résultant de la faute commise par les organisations syndicales peut en effet être considéré comme établi » (*Ibid.*).

généralistes et les conseillers rapporteurs. Ainsi rencontre-t-on, sous la plume d'avocats généraux, par exemple, le souci d'unifier l'interprétation jurisprudentielle de textes rédigés dans les mêmes termes¹⁹¹, ou d'inscrire la signification d'un texte ou d'une expression dans la continuité d'une interprétation jurisprudentielle qui se trouvait consacrée, ne serait-ce qu'implicitement, par des arrêts antérieurs de la Cour de cassation¹⁹², de consacrer une thèse qui s'inscrit dans le sens d'une évolution jurisprudentielle¹⁹³. Sous réserve, bien sûr, que le magistrat estime que la Chambre sociale reste, en quelque sorte, tenue par ses précédents arrêts. Ce souci de « cohérence », voire de « clarté », de la construction jurisprudentielle, sera, le cas échéant, associé à l'exigence du « traitement par le juge du contentieux de masse »¹⁹⁴. Ces préoccupations se retrouvent également dans les rapports établis par les conseillers. L'examen de la jurisprudence aura alors pour objet, par exemple, de révéler des incohérences auxquelles le conseiller estime qu'il serait souhaitable de remédier, en prenant soin de souligner qu'aucun arrêt récent n'empêche un changement d'orientation¹⁹⁵. Au besoin, le conseiller rapporteur insistera, au contraire, sur l'exigence de cohérence de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation et sur le besoin de sécurité juridique impliquant de ne pas remettre en cause une jurisprudence « ferme » et « tout juste affermie »¹⁹⁶.

Il est important de remarquer que la jurisprudence n'est pas seulement envisagée, au travers des solutions qu'elle a contribué, dans le passé, à consacrer ; elle l'est aussi au travers des *critiques* ou *oppositions* qu'elle a suscitées, tant chez les auteurs de doctrine – nous y

¹⁹¹ P. Lyon-Caen, « Le président du comité d'entreprise participe-t-il à l'élection du secrétaire de ce comité ? », Conclusions Cass. soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 31, s'agissant respectivement de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 435-4, de l'alinéa 7 de cet article, et de l'article L. 434-2, du Code du travail : « aujourd'hui, des textes, pourtant rédigés dans les mêmes termes, donnent lieu à des décisions différentes de votre part, sans qu'apparemment aucune raison de fond ne puisse le justifier ». Et l'avocat général d'ajouter, un peu plus loin : « Au sein du même article [en l'occurrence l'article L. 435-4], deux alinéas ayant la même formulation, reçoivent une interprétation différente... ». Cet argument – invoqué parmi d'autres – ne portera cependant pas, puisque la Chambre sociale se refusera à abandonner son interprétation.

¹⁹² Voir, par ex. : S. Kehrig, « Travail posté en continu et heures supplémentaires », Conclusions Cass. soc. 7 déc. 1999, *Dr. soc.* 2000, spéc. p. 78, à propos d'une formule (« ou de la durée considérée comme équivalente ») contenue dans l'article 26 de l'ordonnance n° 82.41 du 16 janvier 1982, l'avocat général invitant la Chambre sociale à se saisir de cette affaire pour « dire aujourd'hui expressément ce qui, à [son] sens, résulte, implicitement mais nécessairement » de trois précédents arrêts.

¹⁹³ Voir, not. : J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 429, défendant une thèse (celle du cumul de l'indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de précarité en cas de requalification des contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée) dont il considère qu'elle « s'inscrit (...) dans le sens de [l'] évolution jurisprudentielle » de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la question abordée.

¹⁹⁴ S. Kehrig, « Convention de conversion et énonciation des causes de la rupture du contrat de travail », Conclusions Cass. soc. 27 oct. 1999, *RJS* 1999, spéc. p. 834. Voir également : P. Lyon-Caen, « Le pourvoi portant sur une question préélectorale est-il recevable, alors que la régularité des élections n'est pas encore en cause ? », Avis Cass. soc. 7 mai 2002, *Dr. soc.* 2002, pp. 625-626, qui suggère de supprimer une « divergence de jurisprudence » entre la Deuxième Chambre civile et la Chambre sociale de la Cour de cassation, en invoquant, entre autres, l'argument du temps passé à examiner des pourvois qui « encombrent inutilement » la Chambre sociale.

¹⁹⁵ Ph. Waquet, « Les licenciements antérieurs à la cession de l'entreprise sont sans effet », Rapport Cass. soc. 20 janv. 1998, *op. cit.*, spéc. pp. 345-346. Dans son rapport, Monsieur Waquet mentionne un arrêt du 9 juillet 1997, dont il relève qu'il avait été rendu en formation restreinte et n'avait pas fait l'objet d'une publication au *Bulletin*, et qu'il répondait à une question différente de celle posée en l'espèce. « Il ne s'agit donc que d'un arrêt isolé, qui ne nous lie pas », précise-t-il (*Ibid.*, p. 346).

¹⁹⁶ J.-Y. Froin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 585 : « Il paraît (...) difficile dans notre espèce de s'écarter d'une jurisprudence ferme (tout juste affermie) ».

reviendrons¹⁹⁷ – que chez les praticiens, les magistrats du fond, ou bien encore chez les principaux intéressés, à savoir (s’agissant de la Chambre sociale de la Cour de cassation) les employeurs ou les salariés eux-mêmes¹⁹⁸. La résistance des Cours d’appel est une donnée – parmi d’autres – que le rapporteur ne manque pas d’intégrer, s’il y a lieu¹⁹⁹.

Les sources de l’interprétation apparaissent donc multiples, plurielles, au regard des conclusions et des rapports publiés. L’éventail est large des « données » juridiques, qui se trouvent appréhendées, par les avocats généraux et les conseillers rapporteurs, comme des contraintes pesant peu ou prou sur l’activité d’interprétation des textes. Encore avons-nous délibérément tenu à l’écart les références, fréquentes dans ces documents, à la doctrine, dont nous montrerons qu’elle joue, elle également, un rôle fondamental à cet égard. Le pluralisme ne marque cependant pas seulement de son empreinte les sources de l’interprétation. Il concerne aussi, et surtout, les arguments et les « méthodes » explicitement mobilisés par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans leurs rapports et conclusions (ou avis).

2. Le pluralisme des arguments et modes d’interprétation

La démarche visant à identifier les arguments et les modes (d’interprétation) mobilisés par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux débouche sur un tableau d’une extrême richesse – un tableau « haut en couleurs », serait-on tenté de dire. La meilleure manière, pensons-nous, d’en rendre compte consiste à présenter, dans un premier temps, ce que l’on peut sans doute considérer comme des arguments et méthodes "classiques", en prenant soin de présenter, successivement, les éléments recensés au sein des rapports de conseillers, puis ceux recensés au sein des conclusions ou avis d’avocats généraux. Nous réserverons une place spécifique à des considérations, dont on sait qu’elles suscitent, aujourd’hui encore, un certain

¹⁹⁷ Nous verrons, dans un deuxième temps, à quel point la référence aux analyses et opinions doctrinales jouent un rôle majeur dans l’activité interprétative du magistrat chargé d’établir le rapport, au sens large.

¹⁹⁸ Ainsi Monsieur Frouin relevait-il, à l’occasion d’une affaire dont la Chambre sociale de la Cour de cassation se saisira pour procéder à un important revirement de jurisprudence, s’agissant des conditions d’application des plafonds 4 et 13 pour la garantie du paiement des créances salariales en cas de redressement ou de liquidation judiciaires : « Notre jurisprudence est souvent critiquée. Elle est critiquée par la doctrine, même si les auteurs nous concèdent que le texte réglementaire est rédigé de manière très maladroite (...) ; elle est critiquée par les praticiens (...), y compris nos propres collègues comme nous l’a révélé la journée d’information sur la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation à laquelle M. le Président Gélinau-Larriquet, M. le Doyen Waquet et moi-même avons participé à Grenoble le 6 juin 1997 (...) ; elle est enfin critiquée par un grand nombre de salariés concernés au point que le Médiateur de la République, saisi de multiples réclamations, a envisagé d’appeler l’attention du Ministre du travail sur la question et a sollicité au préalable l’avis de M. L’avocat général Kessous sur l’interprétation donnée par la jurisprudence de l’article D. 143-2 du Code du Travail (lettre au dossier du Médiateur en date du 31 janvier 1996 et la réponse de M. Kessous en date du 4 mars 1996) » (J.-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l’AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, p. 49).

¹⁹⁹ J.-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l’AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, p. 52 : « On est (...) conduit à s’interroger sur l’opportunité du maintien en tout ou partie de la jurisprudence en vigueur, cela d’autant plus que la Cour d’Appel de Riom n’est pas seule à y résister. Quelques semaines plus tôt, la Cour d’Appel de Grenoble y avait déjà résisté mais en adoptant (...) une autre démarche (...) et nous sommes également saisis d’un pourvoi contre cette autre décision ». Concernant la résistance de la Cour d’appel de Grenoble à la jurisprudence de la Cour de cassation, avant le revirement du 15 décembre 1998, on consultera utilement le rapport de l’année 1997, publié, dans *RJS*, par la Présidente de la Chambre sociale de cette Cour d’appel (« Rapport de l’année 1997 », par B. Blohorn-Brenneur, *RJS* 1998, spéc. p. 90).

nombre de réserves, en tout cas au sein de la communauté des juristes français, à l'instar de la prise en considération des conséquences de telle ou telle option interprétative.

Examinons quels sont les arguments et les modes d'interprétation "classiques" mobilisés par les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation et les avocats généraux – au regard des rapports et des conclusions (ou avis) qui ont été publiés dans des revues juridiques. La lecture de ces documents atteste indéniablement du fait que ces magistrats emploient, non pas un, mais des modes ou méthodes (sous réserve ne pas entendre ce terme de façon restrictive) d'interprétation.

Cette proposition se vérifie, en premier lieu, pour ce qui concerne les *rapports* réalisés et publiés par les conseillers de la Chambre sociale. Bien qu'elles ne soient pas désignées comme telles, l'on peut, notamment, identifier, dans l'argumentation développée par les rapporteurs, le recours aux méthodes d'interprétation *littérale, psychologique, téléologique, logique, systémique* (également appelée *systématique*), ou à la méthode dite de l'*effet utile*. Ce sont, généralement, les arguments associés à ces méthodes d'interprétation qui sont invoqués par le conseiller, à savoir : la « lettre du texte »²⁰⁰, « la volonté du législateur »²⁰¹, la « finalité » (ou « l'objectif ») de la loi²⁰², la nécessité de replacer la disposition à interpréter au sein de l'ensemble textuel ou normatif dans lequel elle prend place²⁰³, ou le souci de donner un effet utile au texte²⁰⁴. L'appréhension globale des rapports (publiés) fait ainsi, en quelque sorte, se côtoyer, notamment, la recherche des débats et travaux parlementaires²⁰⁵, l'analyse sémantique, la référence à l'esprit de la loi – en ajoutant, le cas échéant, qu'elle rejoint la pratique²⁰⁶ – et la référence au postulat du « législateur rationnel », c'est-à-dire d'un législateur *supposé* cohérent (ou *réputé* ne pas avoir pu ne pas être cohérent)²⁰⁷. Le souci de

²⁰⁰ Par ex. : C. Barberot, « Désignation des délégués syndicaux. Preuve de l'existence d'une section syndicale dans les entreprises d'au moins cinquante salariés », Rapport Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, p. 505.

²⁰¹ Par ex. : A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 198.

²⁰² Voir, par ex. : P. Bailly, « Conditions de validité de la rupture amiable », Rapport Cass. soc. 2 déc. 2003, *op. cit.*, p. 9.

²⁰³ Voir, par ex. : Y. Chagny, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? », Rapport Cass. soc. 3 juin 2003 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2003, p. 845 (« Si la simple lecture du texte [en l'occurrence l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985, désormais article L. 621-40 du Code de commerce], pris isolément, paraît donner raison au moyen, il faut bien évidemment l'interpréter selon la place qu'il occupait dans la loi de 1985 et occupe aujourd'hui dans le Code de commerce »).

²⁰⁴ Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, p. 51, s'agissant de l'article D. 143-2 du Code du travail ; S. Bourgeot, « Dérogation au repos dominical. *Établissement bancaire participant à un salon* », Rapport Cass. soc. 12 nov. 2002, *RJS* 2003, p. 16, s'agissant de l'article R. 221-4-1 du Code du travail.

²⁰⁵ Voir, not. : C. Barberot, « Caisse des dépôts et consignations. Désignation de délégués syndicaux », Rapport Cass. soc. 28 oct. 1997, *RJS* 1998, pp. 9-10.

²⁰⁶ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Sur la compétence du comité central d'entreprise en matière d'activités sociales et culturelles », Rapport Cass. soc. 30 juin 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 756. Ainsi Monsieur Philippe Waquet affirme-t-il : « L'esprit de la loi est bien de donner compétence localement au CE pour gérer les œuvres locales. Et, dans la pratique, ce sont toujours les CE qui gèrent les œuvres locales ».

²⁰⁷ Citons, à titre d'exemple, cet extrait d'un rapport de Monsieur Jean-Yves Frouin : « il serait pour le moins singulier que, dans une loi expressément relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise, le législateur ait imposé à toutes les entreprises de répondre à certains critères (et non aux seules sociétés commerciales) l'établissement de certains documents comptables et leur communication au comité d'entreprise mais que simultanément, il ait entendu limiter à certaines d'entre elles (les sociétés commerciales, éventuellement les entreprises ayant la forme juridique de sociétés) la faculté pour le comité d'entreprise de recourir à l'assistance d'un expert-comptable en vue de l'examen de ces documents, alors même que l'information économique du comité d'entreprise et l'aide à cette information constituaient un élément essentiel du dispositif de prévention et de règlement amiable des difficultés poursuivies par la loi ». Et le magistrat

cohérence apparaît assez régulièrement, sous la plume des conseillers rapporteurs, qui n'hésitent pas, au besoin, à s'interroger sur la pertinence de procéder à un raisonnement par analogie, vis-à-vis des règles applicables²⁰⁸ ou des solutions jurisprudentielles²⁰⁹ consacrées dans un domaine apparemment voisin, voire dans un autre « secteur » du droit²¹⁰.

Cette proposition est confortée, également, par l'examen des *conclusions* (ou avis) publiés par les avocats généraux qui ne manquent pas de solliciter le large éventail des méthodes d'interprétation communément reçues et admises par les juristes français. Il est permis de les recenser, suivant un ordre, précisons-le, aléatoire, qui n'augure nullement d'une quelconque priorité conférée à l'une ou à l'autre de ces méthodes. La méthode d'interprétation dite *littérale*, tout d'abord. Le recours à cette méthode, que l'avocat général nommera éventuellement « analyse littérale »²¹¹, consistera, fréquemment, à invoquer un « argument de texte »²¹². La méthode dite *psychologique*, ensuite. La référence à l'intention, la volonté, voire

d'ajouter : « Il paraît plus logique de considérer que dans le même temps où il imposait à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique, l'établissement de certains documents comptables, et notamment de comptes prévisionnels (nécessairement abscons pour des non-initiés), ainsi que leur communication au comité d'entreprise, le législateur ait également prévu la faculté pour celui-ci de recourir à un expert-comptable en vue de leur examen, et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les entreprises selon leur nature – commerciales ou non commerciales – ou selon leur forme juridique (sociétés ou personnes morales de forme juridique autre » (J-Y. Frouin, « Le recours du comité d'entreprise à un expert-comptable en vue de l'examen des documents comptables : entreprises concernées », Rapport Cass. soc. 30 avril 1997, *Dr. soc.* 1997, pp. 628-629).

²⁰⁸ Ph. Waquet, « Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 31, se référant à la législation et la jurisprudence (de l'époque) relatives au règlement intérieur.

²⁰⁹ P. Bailly, « Conditions de validité de la rupture amiable », Rapport Cass. soc. 2 déc. 2003, *op. cit.*, p. 8, tenant pour peu « probant » le rapprochement entre le problème de la rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié inapte et la rupture amiable pour raison(s) économique(s).

²¹⁰ Le droit des élections politiques, par exemple. Voir, à ce titre : V. Pams-Tatu, « Élections professionnelles : l'employeur peut-il mettre des bulletins blancs à la disposition des électeurs ? », Rapport Cass. soc. 25 fév. 1992, *Dr. soc.* 1992, spéc. p. 457, estimant « difficile » le rapprochement entre le droit des élections professionnelles et le droit des élections politiques, s'agissant du problème de la mise à disposition de bulletin blancs.

²¹¹ R. Kessous, « Sur la dénonciation partielle des conventions collectives », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 367, qui procède à « l'analyse littérale de l'article L. 132-11 » du Code du travail, et estime que l'interprétation de cette disposition ne souffre aucune difficulté, dès lors du moins qu'on ne la rapproche pas d'autres textes, tel que l'article L. 132-7. Pris isolément et indépendamment d'autres dispositions, ce texte consacre très clairement, selon Monsieur Roland Kessous, l'unité et l'indivisibilité de la convention collective de branche avec les accords professionnels qui ont le même champ territorial et professionnel. C'est également cette lecture de l'article L. 132-11 que retiendra la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt qu'elle rendra (Cass. soc. 16 mars 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 368).

²¹² P. Lyon-Caen, « Les délégués du personnel. *Institution individuelle ou collégiale ?* », Avis Cass. soc. 29 avril 2003, *RJS* 2003, p. 561, affirmant que le seul argument qui le conduit à privilégier la thèse, suivant laquelle les délégués du personnel constituent une institution individuelle, plutôt qu'un organe collégial (ce qui entraîne des conséquences importantes, du point de vue des modalités de leur consultation obligatoire, en cas de licenciement d'un salarié inapte en raison d'un accident ou d'une maladie professionnels), est « un *argument de texte* : chaque fois que le législateur l'a expressément voulu, il a employé les mots « collectivement » ou « réunion » » (souligné par nous). Voir également : P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. *Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes* », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2003, p. 108 ; P. Lyon-Caen, « Congé parental d'éducation et convention de conversion », Conclusions Cass. soc. 6 juill. 1999, *Dr. soc.* 1999, spéc. p. 814, tenant pour « décisif » un « argument de texte » (en l'occurrence, l'avant-dernière phrase du 4^{ème} alinéa de l'article L. 321-6 du Code du travail, en vertu de laquelle la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié du bénéficiaire d'une convention de conversion – ce dispositif, rappelons-le, a pris fin le 30 juin 2001, et a, depuis, été remplacé par le dispositif « pré-Pare », également dénommé « Pare anticipé » – « ne comporte pas de préavis, mais (...) ouvre droit au versement d'une indemnité dont le montant et le régime fiscal et social sont ceux de l'indemnité de licenciement (...) et calculée sur la base de l'ancienneté que l'intéressé aurait acquise s'il avait accompli le préavis, ainsi, le cas échéant, qu'au solde de ce qu'il aurait été l'indemnité de préavis si elle avait correspondu à une durée supérieure à deux mois ». Souligné par nous) qui conduit, selon lui, à écarter le raisonnement tenu par les juges du fond, suivant lequel l'absence de droit à préavis

au but ou à l'objectif, du législateur, revêt quelquefois un caractère implicite, au travers de formules du type : le législateur « a voulu que »²¹³, il a « eu en vue (...) »²¹⁴, notamment²¹⁵. Elle est cependant, le plus souvent, parfaitement explicite. L'avocat général invoque alors le « but poursuivi par le législateur »²¹⁶, « l'objectif du Gouvernement »²¹⁷, « l'intention du législateur »²¹⁸, ou la « volonté du législateur »²¹⁹, même s'il s'agit, dans bien des cas, de reconstruire une intention proprement introuvable dans les travaux parlementaires. Plutôt qu'une entité psychologique, la volonté du législateur devient, en pareille hypothèse, une reconstruction rationnelle *a posteriori* de l'interprète²²⁰. Il n'en demeure pas moins que la

au profit des salariés en congé parental d'éducation – du moins lorsque la durée du préavis n'excède pas celle restant à courir au titre dudit congé – ne leur permettrait pas de bénéficier de la convention de conversion.

²¹³ Par ex. : P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2003, p. 107.

²¹⁴ Y. Chauvy, « Retrait d'une situation de travail. Le danger justificatif, ses facteurs extérieurs et propres au salarié », Conclusions Cass. soc. 20 mars 1996, *op. cit.*, p. 324 : « En citant [dans l'article L. 321-8-1 du Code du travail] les risques pour la santé elle-même, le législateur a certainement eu en vue toutes les nuisances auxquelles peuvent être soumis les travailleurs, notamment les vapeurs nuisibles, les intoxications lentes, les bruits excessifs et même les cadences de travail épuisantes créant des malaises et agissant sur le système nerveux... toutes conditions de travail manifestement nocives » (souligné par nous).

²¹⁵ Voir également, not. : P. Lyon-Caen, « Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée : faut-il modifier la jurisprudence ? », Avis Cass. soc. 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 713, qui estime que la loi du 12 juillet 1990 – dite « loi Soisson » favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires – « a voulu réagir contre une interprétation par la jurisprudence, insuffisamment protectrice des intérêts du salarié, en restreignant les pouvoirs d'appréciation du juge, par la transformation d'une présomption simple en une présomption irréfragable de requalification », en cas d'omission dans le contrat à durée déterminée des mentions obligatoires prévues par l'article L. 122-3-1 du Code du travail (dans sa rédaction antérieure à la loi précitée). La référence, dans les pages suivantes, à la « volonté du législateur » devient explicite (*Ibid.*, pp. 714 et 715), pour rappeler que la Chambre sociale de la Cour de cassation en a tenu compte dans son interprétation de la nouvelle loi. *Adde* : H. Écoutin, « L'affaire des dix de Renault », Conclusions Cass. soc. 19 déc. 1989 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1990, p. 191, qui invoque la nécessité de donner, à l'article 15-11 de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie, « la portée qu'a entendu lui conférer le législateur ».

²¹⁶ P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2003, p. 109 ; P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, p. 56 ; P. Lyon-Caen, « Modifications des contrats de travail pour motif économique. Obligation d'établir un plan social », Conclusions Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *RJS* 1997, p. 13.

²¹⁷ G. Picca, « À propos du régime des entreprises publiques en matière d'assurance insolvabilité », Conclusions Cass. soc. 17 avril 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 498, se référant, par là même, aux travaux parlementaires de la loi du 25 janvier 1985.

²¹⁸ P. Franck, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? », Conclusions Cass. soc. 15 mai 1991 (2 arrêts), *Dr. soc.* 1991, p. 624 ; P. Franck, « Cessation du contrat de travail. Licenciement pendant la grossesse : motif tenant à l'impossibilité de maintenir le contrat de travail », Conclusions Cass. soc. 27 avril 1989, *op. cit.*, p. 268. *Adde*, s'agissant d'une convention collective de travail : P. Franck, « A propos du départ en retraite des journalistes », Conclusions Cass. soc. 24 avril 1986, *Dr. soc.* 1986, spéc. p. 463, se référant à « l'intention des rédacteurs de l'article 41 de la convention collective du travail des journalistes repris sans modification par l'article 47 de la convention du 1^{er} novembre 1976 ».

²¹⁹ P. Lyon-Caen, « Salariés protégés. Le retrait d'une autorisation de licenciement doit-il être assimilé à une annulation ? », Avis Cass. soc. 30 avril 2002 (2 arrêts), *RJS* 2002, p. 617 ; P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, not. p. 58. *Adde* : H. Écoutin, « L'affaire des dix de Renault », Conclusions Cass. soc. 19 déc. 1989 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1990, p. 192, invoquant « la volonté explicite du législateur ».

²²⁰ Voir, par ex. : R. Kessous, « Carence du plan social. Annulation de la procédure de licenciement collectif pour motif économique », Conclusions Cass. soc. 16 avril 1996, *RJS* 1996, p. 316, qui s'efforce de retrouver, « en passant d'un texte à un autre, la volonté du législateur ». Ce qui correspond, en fait, à une démarche visant à la reconstruire *a posteriori* (« le Code du travail est, écrit-il, un puzzle qu'il faut beaucoup d'ingéniosité pour composer la bonne image »). *Adde* : G. Picca, « Le préjudice du salarié licencié en vertu de l'article L. 122.14.5 Code trav. », Conclusions Cass. soc. 25 sept. 1991, *Dr. soc.* 1991, spéc. p. 763. Dans cette affaire, l'avocat

référence aux « travaux préparatoires de la loi » n'est pas rare²²¹, même s'il est souvent précisé que ces travaux n'apportent aucune réponse décisive²²² ou qu'aucun débat n'a porté

général, ayant observé que les travaux parlementaires ne fournissaient guère d'explications sur la dualité des régimes applicables en matière d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse (articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du travail, dont les champs d'applications respectifs dépendent du seuil d'effectifs de l'entreprise – fixé à 11 salariés – et de l'ancienneté du salarié concerné), s'efforce de rechercher la raison d'être de ce qu'il qualifie de « différence de traitement ». Une première piste est avancée : l'indemnité de l'article L. 122-14-4 s'analyserait en « une amende civile », tandis que celle de l'article L. 122-14-5 serait « une application de la théorie de l'abus de droit ». Mais cette explication, s'empresse-t-il de faire remarquer, n'apparaît pas satisfaisante : la loi du 13 juillet 1973 a fait du droit de licencier un droit « causé » (nécessité de justifier d'une cause réelle et sérieuse). Le problème n'est plus, dès lors, de savoir s'il y a abus ou non du droit de licencier, selon la logique de la jurisprudence antérieure à la loi de 1973, mais s'il l'on se situe ou non dans le cadre de ce droit. En dépit de la terminologie utilisée par le législateur, « il n'y a plus à strictement parler d'abus de droit dans ce domaine : il y a absence de droit », écrit-il. La justification de cette différence de régimes instituée par les textes réside, par conséquent, ailleurs : « On ne peut trouver, en réalité, d'autre justification de la différence de traitement imposée aux salariés licenciés que dans le souci du législateur de mettre les petites entreprises à l'abri de trop lourdes charges en matière d'indemnités de licenciement » (*Ibid.*). Ainsi, c'est bien par une analyse, réalisée par l'avocat général lui-même, que le « souci du législateur » est, ici, identifié, et non pas une exploration incertaine des travaux préparatoires de la loi. Il s'agit donc, à proprement parler, d'une reconstruction *a posteriori* de la « volonté du législateur » par le magistrat du Parquet.

²²¹ J. Duplat, « Surveillance des salariés et vie privée », Avis Cass. soc. 26 nov. 2002, *RJS* 2003, p. 106, affirmant au sujet de l'article L. 121-8 du Code du travail : « il résulte des travaux préparatoires de la loi que la formule « collecte d'informations personnelles concernant le salarié » vise plutôt des dispositifs techniques de surveillance, notamment par saisie de données informatiques, plutôt que des dispositifs de surveillance classiques par des moyens humains ». On observera, cependant, que la formule précitée (« collecte d'informations personnelles concernant le salarié ») ne figure, *en tant que telle*, ni dans l'article L. 121-8 (« Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à l'emploi »), même si elle peut éventuellement se déduire de cette disposition, ni dans aucun autre article du Code du travail. Voir également, entre autres exemples : P. Franck, « Cessation du contrat de travail. Licenciement pendant la grossesse : motif tenant à l'impossibilité de maintenir le contrat de travail », Conclusions Cass. soc. 27 avril 1989, *RJS* 1989, p. 267 ; P. Lyon-Caen, Emploi. Un salarié, étranger en situation irrégulière, a-t-il droit à une indemnité de préavis ? », Conclusions Cass. soc. 12 mars 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1069, p. 8 ; P. Lyon-Caen, « Peut-il exister une unité économique et sociale entre syndicats de copropriétaires ? », Conclusions Cass. soc. 23 mai 2000 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2000, p. 854 ; G. Picca, « La clause souple de départ à la retraite, reconnue licite par la loi du 30 juillet 1987, peut-elle néanmoins constituer un licenciement sans motif sérieux ? », Conclusions Cass. soc. 25 mars 1992 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1992, pp. 431-436, qui se réfère, à plusieurs reprises, aux travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 1987, et, spécialement, aux déclarations du ministre du Travail de l'époque, Monsieur Philippe Séguin (not. pp. 434 et 435) ; G. Picca, « Le régime particulier des entreprises publiques en matière d'assurance insolvabilité », Conclusions Cass. soc. 16 décembre 1987 (4 arrêts), *Dr. soc.* 1988, spéc. pp. 490 et 491 ; G. Picca, « Sur la notion d'unité économique et sociale », Conclusions Cass. soc. 27 mars 1985, *Dr. soc.* 1985, p. 540, vérifiant, dans les travaux parlementaires de la loi n° 82.915 du 28 octobre 1982, qu'en intégrant dans le Code du travail la notion d'unité économique et sociale, le législateur s'est inspiré de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en la matière ; G. Picca, « Travail à temps très réduit et représentation du personnel », Conclusions Cass. soc. 18 juin 1981 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1981, spéc. p. 541, s'inspirant des travaux préparatoires de la loi du 28 janvier 1981 pour résoudre les questions que posaient, au regard des principes existant en matière de représentation du personnel, cette catégorie de salariés à temps partiel, embauchés pour faire face à un surcroît exceptionnel d'activité ou pour remplacer des salariés absents, que l'on appelait, à l'époque, les « extras ». *Adde* : S. Kehrig, « Loi de validation et procès équitable », Conclusions Cass. soc. 24 avril 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 587.

²²² Par ex. : G. Picca, « Cessation du contrat de travail. Accident du travail : sanction du licenciement intervenu durant la période de suspension du contrat », Conclusions Cass. soc. 22 mars 1989, *RJS* 1989, p. 226, s'agissant de la question de la sanction – nullité ou absence de cause réelle et sérieuse – du licenciement du salarié intervenant en période de suspension du contrat de travail du fait d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ; G. Picca, « Le préjudice du salarié licencié en vertu de l'article L. 122.14.5 Code trav. », Conclusions Cass. soc. 25 sept. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 762, qui observe que l'on « trouve peu d'explications, tant dans les travaux préparatoires que dans la doctrine », sur la « différence de traitement » faite par la loi, en fonction de l'ancienneté du salarié et du seuil d'effectifs de l'entreprise, résultant de la dualité de régime issue

sur le point concerné²²³, par exemple parce que la disposition en cause résultait d'un amendement présenté en séance par un parlementaire²²⁴. Si l'objectif ou le but poursuivi par le législateur se trouve intimement associé à l'intention de ce dernier, comme en témoigne certaines formules que nous venons de mentionner, il arrive que l'avocat général se prévale des idées de finalité ou d'objectif sans référence d'ordre psychologique. Le magistrat s'appuie alors plus spécialement sur la méthode dite *téléologique*, se prévalant ainsi des « objectifs de la loi »²²⁵, des « finalités de la loi »²²⁶, du « but recherché par le texte »²²⁷, du « but de la loi »²²⁸, voire de « l'esprit des textes »²²⁹ ou encore de « l'esprit de la loi »²³⁰. « L'esprit et la

des articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du travail, s'agissant notamment de l'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse.

²²³ P. Lyon-Caen, « Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée : faut-il modifier la jurisprudence ? », Avis Cass. soc. 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 713 : « Les travaux préparatoires que j'ai fait rechercher par le service de documentation et d'études montrent – selon ce qui m'a été indiqué – qu'aucun débat n'a porté sur ce point ». Le seul, ajoute-t-il, qui apporta, à cet égard, une précision, fut, en fait, le rapporteur dans son rapport écrit.

²²⁴ L'on songe, par exemple, à ce qui constituait le second alinéa de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu ses arrêts *La Samaritaine* du 13 février 1997, ainsi que le soulignait, dans ses conclusions, l'avocat général : « Ce texte remonte à l'année 1993 et résulte de l'adoption d'un amendement présenté en séance par un membre du Parlement. Ceci explique que l'on ne puisse rechercher dans les travaux législatifs l'interprétation qu'il convient de lui donner » (Ph. de Caigny, « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements », Conclusions Cass. soc. 12 fév. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 252). Monsieur de Caigny ajoute que la circulaire ministérielle qui avait fait suite à la loi ne permet pas non plus de caractériser l'intention du législateur : « S'agissant d'une circulaire, acte du pouvoir exécutif, de plus postérieure au vote de la loi, il ne nous paraît pas possible de la retenir pour définir la volonté du législateur » (*Ibid.*, pp. 252-253).

²²⁵ P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. *Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes* », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2003, p. 107 : « Les objectifs de la loi Soisson consistaient à « faire reculer la proportion d'emplois précaires », comme ceux, plus récemment, de la direction du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée ». *Adde* : P. Lyon-Caen, « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux » plans sociaux et de reclassement (art. L. 321-4-1 C.T. mod. par la loi du 27 janv. 1993) », Conclusions Cass. soc. 17 mai 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 572, évoquant, à propos de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, les « objectifs du texte ». Un peu plus haut, c'est de « l'esprit du texte » dont parlait l'avocat général (*Ibid.*, p. 571).

²²⁶ G. Picca, « Cessation du contrat de travail. Accident du travail : sanction du licenciement intervenu durant la période de suspension du contrat », Conclusions Cass. soc. 22 mars 1989, *RJS* 1989, p. 225, qui écrit : « La loi du 7 janvier vise à une meilleure protection de l'emploi des victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle (...). Ces finalités de la loi doivent par suite inspirer les solutions de la jurisprudence, davantage qu'une lecture exégétique des textes ».

²²⁷ Y. Chauvy, « La diffusion des tracts syndicaux dans l'entreprises : ses heures légales », Conclusions Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, p. 509.

²²⁸ R. Lindon, « Orchestres utilisés par les entreprises de spectacles et la notion de sous-entreprise », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1961, *Dr. soc.* 1961, p. 355.

²²⁹ R. Kessous, « Journalistes professionnels : prise de contrôle, cession de journal », Conclusions Cass. soc. 12 janv. 1994 (2 arrêts), *RJS* 1994, p. 100 : « Dans l'entreprise, les salariés subissent les transformations voulues par l'employeur. Ils disposent seulement du droit d'être informés, par l'intermédiaire des institutions de représentation, des principales décisions concernant la vie de l'entreprise. Il serait contraire à l'esprit des textes que des actes qui ont des conséquences sur l'emploi ou l'organisation du travail ne soient pas portés à leur connaissance, au prétexte qu'une stricte lecture juridique ne les ferait pas entrer dans les cas prévus par la loi ».

²³⁰ P. Lyon-Caen, « Le « droit propre » de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit-il être remis en question ? », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 296, à propos de la loi du 27 décembre 1973 qui avait – à la suite de la faillite de la société LIP – institué la protection des salariés contre l'insolvabilité de leur employeur ; P. Lyon-Caen, « Garantie de l'AGS, en l'absence de lettre de licenciement, au cas de liquidation judiciaire », Avis Cass. soc. 3 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 528, s'agissant également de la loi précitée ; R. Kessous, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », Conclusions Cass. soc. 25 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 831, ainsi que p. 830. Voir également : G. Picca, « L'article L. 122-12 (al. 2) du Code du travail : la fin d'une jurisprudence », Conclusions Cass. soc. 12 juin 1986, *Dr. soc.* 1986, spéc. pp. 606-607, qui invitait la Chambre sociale de la Cour de cassation, s'agissant de l'interprétation de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, d'abandonner sa jurisprudence antérieure, en

lettre des textes »²³¹ constituent même, parfois, sous la plume de certains avocats généraux, une référence unitaire. Appréhendés globalement, l'esprit et la lettre du ou des texte(s) se présenteront sous la forme de ce couple indissociable qu'avait généré la Modernité²³². Des notions de finalités ou d'objectifs de la loi, l'on glissera incidemment vers celle d'*effet utile* du texte, lorsque l'avocat général manifesterà le souci de donner à un dispositif mis en place par le législateur toute son efficacité²³³. Cette notion d'effet utile reste, toutefois, la plupart du temps, implicite²³⁴, dans les conclusions (ou avis) d'avocats généraux.

Ce tour d'horizon évidemment non exhaustif des arguments et des modes ou méthodes d'interprétation mobilisés par les rapporteurs et les avocats généraux nous autorise, dès à présent, à constater que la méthode dite psychologique ou la méthode dite littérale ne sont nullement exclusives, dans la pratique interprétative de ces magistrats, de l'emploi d'autres méthodes d'interprétation, telle que, par exemple, la méthode téléologique. L'intention du législateur, à supposer qu'elle puisse être caractérisée, et la signification littérale du texte ne sont ni plus ni moins que des significations envisageables – *des significations parmi d'autres*, en somme. *Ce qui confirme que la conception classique de l'interprétation judiciaire ne bénéficie, en vérité, d'aucune aptitude à décrire la réalité de la pratique interprétative des*

exigeant l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, une telle interprétation étant, selon l'avocat général, plus conforme au « but » et à « l'esprit du texte original » (lequel, rappelons-le, avait alors 55 ans d'âge). Un « but », précisait-il, qui était de « pallier l'inconvénient de l'effet relatif des contrats » (*Ibid.*, p. 607), et que la Chambre sociale aurait, progressivement, perdu de vue, en développant une jurisprudence fondée sur une interprétation que Monsieur Picca juge tout à la fois « extensive » et « audacieuse » du texte en cause. *Adde* : Albuher, « A propos de la condition juridique du personnel du Commissariat à l'Energie atomique », Conclusions Cass. soc. 21 nov. 1957, *Dr. soc.* 1958, spéc. p. 533, se référant à « l'esprit de la loi du 16 avril 1946 » ; J-P. Collomp, « Durée du travail. La Cour de cassation valide l'accord Syntec », Avis Cass. soc. 26 mai 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1172, p. 4, affirmant d'emblée que c'est « l'esprit de la loi Aubry II qu'il faut retenir pour examiner le présent litige, esprit selon lequel il ne faut pas pénaliser des partenaires sociaux ayant anticipé la mise en œuvre de la réduction du temps de travail ».

²³¹ Y. Chauvy, « Représentation du personnel. Participation du président à la désignation du secrétaire du comité d'entreprise », Conclusions Cass. soc. 10 juill. 1991, *RJS* 1991, spéc. p. 559.

²³² Observons que Monsieur Yves Chauvy, le plus souvent, abordait la figure de la « lettre » et de « l'esprit » du texte dans l'optique, non pas traditionnelle (en tant qu'arguments opposés, œuvrant dans un cadre dialectique), mais moderne (c'est-à-dire selon une approche que l'on peut dire unitaire, la lettre et l'esprit se conjuguant pour l'accession au sens – supposé préexistant à l'intervention de l'interprète – du texte). Voir, d'ailleurs, ses conclusions rendues dans une affaire, qui intéressait le droit de la sécurité sociale : « Accident du travail. Accidents successifs : indemnisation totale ou partielle ? », Conclusions Cass. soc. 21 fév. 1991 (3 arrêts), *RJS* 1991, p. 229 et s., avec deux parties intitulées respectivement « La lettre des textes » et « L'esprit des textes », étant précisé que, dans son approche, l'esprit permettait de conforter la lettre.

²³³ Voir : R. Lindon, « Congés - Education - Comité d'entreprise - Droit du Comité d'entreprise d'indemniser les salariés participant à un stage éducatif », Conclusions Cass. soc. 4 janv. 1962, *Dr. soc.* 1962, pp. 164-168. Dans ces conclusions, l'avocat général Raymond Lindon soulignait, tout d'abord, que le législateur, lorsqu'il adopta la loi du 23 juillet 1957 sur les congés-éducation, envisageait avec faveur toute aide financière (subventions, bourses) octroyée à ceux qui obtiendraient un tel congé (*Ibid.*, p. 166). Cette considération, confortée notamment par le souci, clairement exprimé par l'avocat général, de favoriser les conditions pour que les salariés reçoivent une formation les préparant à assumer leurs responsabilités d'élus – d'autant, précise-t-il, que les fonctionnaires et les délégués patronaux bénéficient d'une formation d'une qualité largement supérieure à celle des représentants des salariés de l'entreprise privée (*Ibid.*, p. 165) –, justifiait, à ses yeux, une interprétation large, « libérale », des textes, afin que l'on puisse considérer que l'institution, par un comité d'entreprise, d'un régime d'indemnités ayant pour objet de faciliter l'éducation ouvrière du personnel rentre dans les œuvres sociales destinées à l'amélioration des conditions collectives destinées à l'amélioration des conditions collectives de travail et de vie du personnel, au sens de l'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945. Telle est l'interprétation que consacra la Chambre sociale, dans son arrêt du 4 janvier 1962 (*Dr. soc.* 1962, p. 164).

²³⁴ Voir : R. Kessous, « Fermeture d'établissement et licenciement pour motif économique. Double consultation », Conclusions Cass. soc. 16 avril 1996, *RJS* 1996, spéc. pp. 312-313 ; R. Kessous, « Consultation du comité d'entreprise sur un projet de cession de parts sociales. Pouvoirs du juge des référés », Conclusions Cass. soc. 16 avril 1996, *RJS* 1996, spéc. p. 317.

textes par le juge. Elle se trouve, en effet, incontestablement prise en défaut, de ce point de vue, par l'analyse du contenu des rapports et des conclusions.

En douterait-on encore qu'il suffirait de scruter les arguments ou éléments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux pour effectuer le *choix* d'une signification, au détriment d'une autre, pour se convaincre que la réalité de l'interprétation judiciaire ouvre sur des horizons beaucoup plus larges que celui qu'offre le modèle philologique, qui inspire fortement la doctrine classique de l'interprétation judiciaire. Venons-y.

L'examen des conclusions (ou avis) publiées révèle que les avocats généraux s'appuient sur des éléments et des considérations d'ordres très différents pour privilégier telle ou telle interprétation, parmi celles qui apparaissent concevables. Certains arguments ou raisons présenteront un caractère typiquement classique. Ainsi certains avocats généraux se recommanderont-ils, quelquefois explicitement²³⁵, mais le plus souvent implicitement, de l'idée de sécurité juridique – étant précisé que celle-ci « n'implique pas l'immobilisme et n'interdit bien évidemment pas les interprétations des textes et revirements de jurisprudence », mais qu'elle invite, néanmoins, le juge à « veiller à ce que sa jurisprudence n'ait pas des conséquences excessives »²³⁶. Cette référence sera prise en compte par l'avocat général, fût-ce de façon implicite, lorsque celui-ci, par exemple, considérera qu'il n'est pas opportun de revenir sur une interprétation qui vient d'être consacrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation²³⁷. Il ne faudrait, cependant, pas croire que l'argument, tiré du besoin de sécurité juridique, bénéficie d'une position privilégiée dans le raisonnement de l'avocat général. Cet argument se situe aux côtés d'autres arguments, qui n'ont que peu de traits communs avec lui, et avec lesquels il se trouve, peu ou prou, en compétition. L'on trouve, en effet, dans les conclusions des avocats généraux, des références fort diverses, se rattachant notamment au souci de prendre en considération la réalité. Ainsi l'avocat général s'appuiera-t-il, par exemple, sur des « motifs d'opportunité »²³⁸, des « considérations pratiques et d'opportunité »²³⁹, des « éléments d'ordre sociologique et pratique »²⁴⁰, ou bien encore sur

²³⁵ Par ex. : R. Kessous, « Sur la dénonciation partielle des conventions collectives », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 367.

²³⁶ S. Kehrig, « Loi de validation et procès équitable », Conclusions Cass. soc. 24 avril 2001, *op. cit.*, p. 588.

²³⁷ P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. *Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes* », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *op. cit.*, p. 108, qui, s'adressant aux magistrats participant au délibéré, déclare : « votre décision du 19 décembre 2000 – même si elle a été rendue dans un contexte particulier – est dépourvue d'ambiguïté. Elle a pris parti pour la dualité des procédures [en l'occurrence : la procédure dérogatoire instituée par l'article L. 122-3-13 du Code du travail en matière de requalification du contrat à durée déterminée, et la procédure de droit commun s'agissant de la saisine du Conseil de prud'hommes] et, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une erreur manifeste, il n'est pas très opportun de revenir sur une option prise si récemment ».

²³⁸ P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. *Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes* », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *RJS* 2003, p. 109.

²³⁹ P. Lyon-Caen, « Le président du comité d'entreprise participe-t-il à l'élection du secrétaire de ce comité ? », Conclusions Cass. soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 31 : « faire de l'employeur l'arbitre d'un conflit syndical au sein du comité d'entreprise, c'est risquer d'attiser le conflit ou d'affaiblir la personne qui l'aura emporté grâce à la voix du président. C'est en définitive, rendre un bien mauvais service au président du comité d'entreprise que de l'inciter à contribuer, voire à décider, en cas de partage égal des voix, du choix du secrétaire du comité d'entreprise. C'est aussi, pour le chef d'entreprise, sortir de la neutralité à l'égard des organisations syndicales représentées, à laquelle il est tenu, en vertu de l'article L. 412-2 du Code du travail ».

L'on citera encore l'avocat général Henry Écoutin qui, dans les conclusions qu'il rédigea dans « l'affaire des dix de Renault » (cette affaire concernait, en effet, dix salariés qui avaient formé un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait refusé, au titre de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie, la réintégration dans leur emploi à la Régie Nationale des Usines Renault), abordant la question de savoir si la protection de

des « considérations d'ordre économique et juridique » qu'il associera au souci « de faire coïncider le droit et le fait »²⁴¹. Il n'hésitera pas, le cas échéant, à se référer à « la réalité des faits »²⁴², suivant la formule utilisée, dans les années 1950, par l'avocat général Blanchet.

Ces préoccupations ne sont, du reste, nullement l'apanage des avocats généraux. On les retrouve également au cœur de l'argumentation développée par les conseillers de la Chambre sociale dans le cadre de leurs rapports. La prise en considération de la réalité²⁴³ constituera, à leurs yeux, dans certains cas, un facteur essentiel pour la détermination du sens du texte, qu'il s'agisse de la réalité économique²⁴⁴, des « enjeux économiques et sociaux » liés à un

l'emploi accordée aux membres du CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) s'étend aux représentants du personnel siégeant au sein d'une commission de coordination instituée en application des dispositions de l'article L. 236-6 du Code du travail, déclarait devoir ajouter « un argument d'opportunité à celui fondé sur la loi ». Ainsi écrivait-il : « s'il est un domaine dans lequel il importe de donner aux textes la portée la plus large (et vous m'y verrez toujours personnellement acquis), c'est bien celui des mesures qui concourent à la sécurité du travailleur dans l'exécution de sa tâche. Et il vous appartient, si nécessaire, de faire œuvre jurisprudentielle. Car c'est incontestablement grâce aux mesures de cet ordre, alliées à une perception plus aiguë que par le passé, de leurs responsabilités par les employeurs, que la statistique des accidents mortels du travail, au cours des dix dernières années, révèle une baisse notable. Il faut persévérer » (H. Écoutin, « L'affaire des dix de Renault », Conclusions Cass. soc. 19 déc. 1989 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1990, p. 189). La Chambre sociale ne suivra, cependant, pas les conclusions de l'avocat général, sur ce point précis (Cass. soc. 19 déc. 1989, *Perrin c./ RNUR*, *Dr. soc.* 1989, pp. 194-195).

²⁴⁰ Voir : P. Lyon-Caen, « Doit-on maintenir la présomption de paiement du salaire par l'acceptation du bulletin de paie ? », Conclusions Cass. soc. 2 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 256, et p. 257, relevant, notamment, « la difficulté qu'éprouvent les salariés à comprendre les multiples mentions figurant sur leur fiche de paie », ce qui, entre autres arguments, justifie, selon lui, que la Chambre sociale revienne à une jurisprudence, qu'elle avait consacrée dans les années 1970 (abandonnant alors la solution jurisprudentielle consacrée dans les années 1960), avant de l'abandonner dans les années 1980-1990. Ce que fera la Cour de cassation en affirmant, dans l'arrêt du 2 février 1999, que « nonobstant la délivrance de la fiche de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire » (*Dr. soc.* 1999, p. 257). Autrement dit, en consacrant – à nouveau – le principe selon lequel la délivrance du bulletin de paie ne fait pas présumer le paiement du salaire.

²⁴¹ G. Picca, « L'article L. 122-12 (al. 2) du Code du travail : la fin d'une jurisprudence », Conclusions Cass. soc. 12 juin 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 608, qui défendait la nécessité d'exiger un lien juridique entre employeurs pour que s'applique l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail.

²⁴² Blanchet, « Le régime juridique des protocoles d'accords conclus sous l'empire de la loi du 23 décembre 1946 et dépourvus de l'agrément du ministre du Travail », Conclusions Cass. soc. 9 mars 1957 (4 arrêts), *Dr. soc.* 1958, p. 285 : « Je pourrais m'arrêter là, mais je tiens à vous démontrer que mon argumentation juridique se trouve imposée par la réalité des faits, car j'estime que le droit n'est pas seulement une question de mots et qu'ayant pour objet de statuer sur des objets concrets, il est impensable qu'on puisse jamais faire abstraction de ceux-ci ».

²⁴³ Telle, du moins, que la perçoit le conseiller rapporteur.

²⁴⁴ Voir, par ex. : A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 198, qui relève, pour l'interprétation de l'article L. 124-2-1 du Code du travail qui fait de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise l'un des cas de recours autorisé au contrat de travail temporaire, que, « du point de vue économique, un accroissement durable de l'activité habituelle de l'entreprise n'est pas exclusif de l'existence de « pics de production ». Et c'est le cas notamment dans l'industrie automobile où le lancement de nouveaux modèles nécessite un besoin de main-d'œuvre immédiat et temporaire. L'explication de ce phénomène réside dans le fait que les constructeurs automobiles et leurs sous-traitants fonctionnent à flux tendus et ce, dans le seul dessein de réduire au maximum les stocks dont la gestion atteint des coûts très élevés. Or, la gestion à flux tendus génère dans la production de brusques montées en cadences suivies le plus souvent de baisses imprévisibles mais inévitables. Le lancement d'un nouveau modèle de véhicule implique ainsi une augmentation des cadences pour commencer à fournir rapidement l'ensemble des concessions de la marque. L'offre est ainsi créée. A la suite de cette montée en cadence, dont la durée est variable selon la marque et le type de véhicule, il s'agit d'ajuster l'offre à la demande et la production passe à son rythme de croisière en fonction des commandes réalisées ». Ce qui justifierait, selon Madame Martinel, que la Chambre sociale précise que « l'accroissement temporaire d'activité » peut notamment résulter de « variations de cycles de production » (elle sera d'ailleurs suivie par la Cour). L'on relèvera, en outre,

dispositif²⁴⁵, de la pratique des relations professionnelles²⁴⁶ ou de « la réalité telle qu'elle est vécue par les justiciables »²⁴⁷ – les « demandeurs de justice », pour reprendre l'élégante formule d'un ancien président de la Chambre sociale de la Cour de cassation²⁴⁸.

Le souci de conférer aux textes une signification adaptée à la réalité dans toutes ses dimensions, y compris ses dimensions sociales ou économiques, trouve son prolongement dans la *prise en considération des conséquences* des décisions à intervenir.

Cette dimension trouve, assez naturellement, sa place dans les *conclusions* (ou avis) publiées par les avocats généraux, dès lors que ceux-ci ont avant tout pour mission d'éclairer la Cour de cassation sur l'impact et les effets des décisions à venir, et qu'ils assumaient, peu ou prou, un rôle d'interface entre la jurisprudence et la société. L'avocat général se montrera sensible à l'impact des décisions rendues dans le passé par la Cour de cassation. Ce seront d'ailleurs, éventuellement, les inconvénients que générerait, dans la pratique, l'interprétation retenue jusqu'alors, qui l'amèneront, en définitive, à argumenter en faveur d'un changement d'interprétation²⁴⁹. Dans ce cas, la prise en compte des conséquences de l'interprétation qu'il

que la magistrature s'attachait également, dans son rapport (publié), à prendre en considération la réalité « sociologique » des salariés en contrats temporaires (*Ibid.*, pp. 194-195).

²⁴⁵ C'est ainsi que Madame Marie-Laure Morin invitait la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'un de ses rapports publiés, à « tenir compte des enjeux économiques et sociaux de la modulation du temps de travail », pour répondre à l'une des questions posées par le pourvoi (M-L. Morin, « Accord de réduction de la durée du travail », Rapport Cass. soc. 26 mai 2004, *RJS* 2004, p. 799, se référant à l'idée de « conciliation entre la vie personnelle et la vie de travail » et aux conséquences qu'une « intensité plus grande du travail » peut avoir sur la santé et la sécurité des travailleurs).

²⁴⁶ Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « L'appréciation du délai d'opposition », Cass. soc. 10 juill. 2002, *op. cit.*, spéc. p. 9, s'agissant de « la pratique de la signature des accords collectifs » de travail.

²⁴⁷ Ainsi Monsieur Jean-Marie Desjardins écrivait-il (dans une affaire qui conduira la Cour de cassation à conditionner l'opposabilité au salarié de la période d'essai instituée de manière obligatoire par la convention collective, en cas de silence du contrat de travail, à l'information préalable de l'existence d'une convention collective au moment de l'engagement du salarié et à la possibilité, pour lui, d'en prendre connaissance) : « Il n'est pas interdit de se mettre dans l'esprit d'un travailleur privé d'emploi, ce qui est actuellement le cas de beaucoup de nos concitoyens. Lorsqu'un employeur propose de l'engager, il ne va pas trop philosopher, faire le difficile et s'enquérir de l'existence d'une convention collective et chercher à en connaître et en comprendre les dispositions. Bien content de trouver du travail, il va saisir l'occasion qui lui est offerte et éviter de se montrer curieux, ce qui risquerait d'indisposer son interlocuteur. Si le chef d'entreprise exige de lui qu'il accepte une période d'essai, il s'y soumettra bien volontiers, de peur de ne pas être embauché du tout. Mais si le chef d'entreprise ne lui dit rien et ne fait pas même état de l'existence d'une convention collective, comment peut-il deviner qu'il n'est engagé que pour un essai ? Certes, nul n'est censé ignorer la loi et il est admis que la convention collective possède une force normative assimilable à celles des dispositions législatives ou réglementaires. Mais ce principe semble bien éloigné de la réalité telle qu'elle est vécue par les justiciables. Lorsque l'on parle de convention collective, le plus souvent, l'on pense aux avantages qu'elle accorde aux salariés, à ses dispositions plus favorables que celles du droit commun, aux règles qu'elle édicte pour une meilleure protection des salariés. L'on pense beaucoup plus aux droits qu'elle confère, qu'aux obligations qu'elle crée à leur charge. Qu'un salarié puisse se prévaloir d'une convention collective, dont il a appris l'existence après son engagement, c'est une chose couramment admise, mais que l'on puisse exiger de lui qu'il respecte une convention collective, dont il ignorait jusqu'à l'existence, c'en est une autre » (J-M. Desjardins, « Sur les conditions d'application de la période d'essai prévue par une convention collective », Rapport Cass. soc. 29 mars 1995, *op. cit.*, p. 456).

²⁴⁸ J-P. Cochard, « Petite histoire de la justice en France et de l'arbitraire judiciaire », Conférence donnée le 6 mai 2004 à Strasbourg, dans le cadre Les Entretiens des Universités de Strasbourg.

²⁴⁹ Voir, par ex. : P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », *Conclusions Cass. soc.* 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, spéc. p. 56, faisant remarquer que l'interprétation, qui consistait, pour que les créances salariales relèvent du plafond 13, qu'un texte législatif, réglementaire ou conventionnel ait fixé lui-même le salaire ou le montant de l'indemnité due, conduisait à « créer un intolérable effet de seuil », et à de « graves inégalités » entre les salariés de la même entreprise en redressement judiciaire, dès lors que les uns – ceux rémunérés au minimum légal ou conventionnel

défend emprunte un chemin détourné. Il arrive cependant que cette préoccupation intervienne, de manière directe, dans le raisonnement de l'avocat général. Elle pourra opérer comme un critère susceptible de valider, ou, au contraire, invalider, l'une des thèses en présence, y compris la solution qu'il envisageait au départ de préconiser. Ainsi s'interrogera-t-il sur le caractère *raisonnable* de la conception qu'il défend²⁵⁰, et sur *les conséquences, y compris financières*, le cas échéant, de cette interprétation²⁵¹. Il n'hésitera pas non plus à demander si telle ou telle solution apparaît opportune, au regard, par exemple, des risques de divergences d'appréciation ou d'interprétation entre les juges du fond qu'elle entraînerait probablement²⁵². La prise en considération des *effets* d'une des solutions envisageables sera, dans certains cas, une « donnée », parmi d'autres, qui conduira l'avocat général à retenir une solution alternative²⁵³. Cette dimension opérera éventuellement comme une sorte de

– pouvaient bénéficier de la garantie au plafond supérieur (plafond 13) et les autres – percevant une rémunération supérieure, du fait par exemple de leur compétence ou de leur ancienneté – se voyaient, quant à eux, appliquer une garantie plafonnée à un montant... plus de 3 fois inférieur (plafond 4) au montant du premier.

²⁵⁰ P. Lyon-Caen, « Astreintes et temps de repos. Le temps d'astreinte ne peut s'imputer sur le temps de repos », Avis Cass. soc. 10 juill. 2002, *RJS* 2002, spéc. p. 997, qui examine si le respect intégral du droit de repos empêche, concrètement, l'employeur d'organiser des plages d'astreintes, en répondant par la négative. La démonstration proposée sera mathématique.

²⁵¹ Voir : P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, spéc. p. 58, qui fait observer que, s'il n'est « guère possible de mesurer très précisément les conséquences financières d'un changement de jurisprudence », en matière de plafonnement de la garantie de l'AGS, il est à peu près certain, d'après lui, que « l'accroissement [des charges de l'AGS] sera contenu dans un cadre restreint ». Voir également : P. Lyon-Caen, « Garantie de l'AGS, en l'absence de lettre de licenciement, au cas de liquidation judiciaire », Avis Cass. soc. 3 avril 2002, *op. cit.*, pp. 529-530 ; P. Lyon-Caen, « Le « droit propre » de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit-il être remis en question ? », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 296, regrettant « de n'avoir pas pu être destinataire du rapport annuel de l'AGS » dans lequel il aurait pu obtenir des éléments fiables sur la situation financière actuelle de cette institution ; P. Lyon-Caen, « La solution du conflit de normes entre Code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés », Conclusions Cass. soc. 17 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049, qui expose, d'emblée, les enjeux financiers de la décision à intervenir. Voir également : G. Picca, « L'article L. 122-14-4 (alinéa 2) du Code du travail et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », Conclusions Cass. soc. 7 déc. 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 247, faisant remarquer que juger la disposition de l'article L. 122-14-4, alinéa 2, du Code du travail (qui prévoit que le tribunal ordonne le remboursement par l'employeur aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié – en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse), incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme « aboutirait à créer un vide juridique dont les conséquences financières seraient désastreuses pour l'équilibre financier déjà précaire des ASSEDIC. Il s'agirait en quelque sorte d'une décision totalement irresponsable sur le plan social et choquante sur le plan juridique ». Voir toutefois : P. Lyon-Caen, « Convention collective. Notion d'« avantages individuels acquis » », Conclusions Cass. soc. 13 mars 2001, *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1021, spéc. pp. 5-6, qui, s'il convient que les conséquences financières de l'analyse, consistant à admettre que la modification apportée en 1995 à la convention collective nationale des organismes employeurs de travailleuses familiales laisse subsister des avantages individuels acquis, ne seraient très probablement « pas négligeables », même si, selon lui, elle ne devrait pas entraîner de dépôts de bilan, invite néanmoins la Chambre sociale à ne pas donner trop de poids à ces éléments. Ces considérations d'opportunité, écrit-il, « ne peuvent déterminer votre décision qui doit s'inscrire dans la lignée de votre jurisprudence passée à venir sur la question que vous avez à trancher » (*Ibid.*, p. 6).

²⁵² Voir, not. : J. Duplat, « La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT », Avis Cass. soc. 29 mars 2006, *Dr. soc.* 2006, spéc. p. 639, qui déclare que la thèse de la primauté de l'article 11 de la convention OIT n° 158 sur les dispositions de l'article L. 122-6 du Code du travail aurait « pour conséquence de renvoyer l'appréciation, au cas par cas, du caractère raisonnable de la durée du préavis pour les salariés licenciés dont la période d'ancienneté est inférieure à six mois », et qui considère que cette position, qu'avaient adopté la Cour d'appel en l'espèce, « est inopportune en ce qu'elle crée d'importants risques de divergences d'interprétation entre les juges du fond à propos de tel ou de tel usage ».

²⁵³ P. Lyon-Caen, « Ordre des licenciements pour motif économique. Cas d'application », Conclusions Cass. soc. 3 déc. 1996, *RJS* 1997, p. 15, qui combine notamment « la lettre du texte », les « considérations tenant aux difficultés de mise en œuvre » d'une proposition et « l'objectif poursuivi par le législateur » au soutien de la solution qu'il préconise.

validation d'une solution reposant fondamentalement sur d'autres raisons mais dont l'avocat général « vérifie » qu'elle ne conduit pas, du point de vue de ses effets, à des conséquences fâcheuses, non souhaitables (en tout cas non souhaitées) ou inévitables²⁵⁴. Elle apparaîtra même quelquefois comme la clef du choix interprétatif effectué par l'avocat général. Ce sera, en particulier, le cas lorsque ce choix procède de la prise en compte des conséquences (négatives) qu'impliquerait, selon l'avocat général, la proposition contraire²⁵⁵, ou,

²⁵⁴ Les conclusions de l'avocat général Jacques Duplat, dans l'affaire *Sté Immobilière du Languedoc c/ Koprivica*, qui déboucha sur un arrêt rendu en date du 29 juin 2005, en fournit une bonne illustration (J. Duplat, « Résiliation judiciaire du contrat de travail. Demande reconventionnelle de l'employeur », Avis Cass. soc. 29 juin 2005, *RJS* 2005, p. 673 et s.). Après avoir rappelé la teneur d'un certain nombre d'arrêts récents relatifs à la prise d'acte de la rupture par le salarié de son contrat de travail (arrêts qu'il n'est ni nécessaire ni utile d'évoquer ici), le magistrat vient à poser la question de savoir si la solution jurisprudentielle, qui impose au juge, en cas de licenciement postérieur à une demande de résiliation judiciaire par le salarié, de rechercher d'abord si la demande en résiliation est justifiée avant, le cas échéant, de se prononcer, dans la négative, sur le licenciement décidé par l'employeur, est de nature à remettre en cause l'interdiction faite à l'employeur de solliciter la résiliation judiciaire, en particulier – telle était la question centrale qui se posait à la Cour de cassation – lorsque cette demande intervient à titre reconventionnel. La réponse de Monsieur Duplat, qui estime qu'une réponse négative s'impose, se fait en plusieurs temps. C'est la première phase de son argumentation qui nous intéresse, car c'est là, précisément, qu'il cherche à se représenter la situation dans laquelle se trouverait l'employeur, si la solution qu'il préconise était consacrée par la Cour – ce qui sera le cas. Une telle solution conduirait-elle à une impasse, ou serait-elle inéquitable ? Nullement, estime le magistrat : « Le système de rupture n'apparaît en réalité ni bloqué, ni inéquitable », affirme-t-il (*Ibid.*, p. 674). Et Monsieur Duplat de justifier sa position. « Le système n'est pas bloqué, dans la mesure où, à l'inverse de la prise d'acte, le contrat n'est pas rompu et il y a, dès lors, parfaitement place pour un licenciement éventuel qui peut « relayer » une demande de résiliation judiciaire du salarié qui n'aurait pas abouti », écrit-il. « Le système n'est pas inéquitable dans la mesure où la « pesée » par le juge, au regard de la « gravité suffisante » des griefs invoqués par le salarié contre l'employeur, apparaît comme étant, pour celui-ci, une garantie suffisante du « procès équitable » ». Au demeurant, ajoute-t-il, « « l'attaque » ne lui [l'employeur] est pas non plus interdite puisqu'avec le licenciement, il a la possibilité de sanctionner, et le cas échéant de démontrer ensuite devant le juge une faute grave du salarié, qu'il a simplement l'obligation d'énoncer dans une lettre motivée » (*Ibid.*). Ainsi constate-t-on que l'avocat général s'est efforcé de « vérifier » par l'analyse, si l'on peut dire, que la thèse qu'il entend retenir ne débouche pas, de son point de vue, sur un déséquilibre entre les droits du salarié et ceux de l'employeur, et que les employeurs disposent de moyens juridiques de répliquer à une demande de résiliation judiciaire introduite par un salarié auquel il serait par ailleurs reproché un comportement fautif, au besoin en prononçant son licenciement disciplinaire. Il s'agit bien là d'une *projection sur les conséquences* (certes juridiques, mais pas seulement) *de la solution que préconisera, en définitive, l'avocat général.*

²⁵⁵ Voir, par ex. : J. Duplat, « Portée de la mention de la convention collective dans le contrat de travail et sur le bulletin de paye », Conclusions Cass. soc. 18 juill. 2000 (3 arrêts), *RJS* 2000, spéc. p. 715. Estimant que la règle suivant laquelle la mention, sur le bulletin de paye de la convention collective applicable vaut reconnaissance de l'application de la convention à l'entreprise, n'a vocation à jouer qu'en matière de relations individuelles de travail, et non pas en matière de relations collectives, Monsieur Duplat avance, en particulier, un argument tiré de l'analyse des conséquences qu'entraînerait, selon lui, la solution contraire : « si les employeurs se trouvaient engagés dans les rapports collectifs en raison de la seule mention de la convention collective sur le bulletin de paie au-delà de leur propre volonté limitée aux rapports individuels, il serait à craindre qu'ils ne prennent plus d'engagement, même dans le domaine des rapports individuels ». *Adde* : P. Lyon-Caen, « Élections. Une unité économique et sociale peut-elle comporter dans son périmètre des sociétés filiales et des établissements de la société mère ? », Avis Cass. soc. 7 mai 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1076, spéc. pp. 13-14, qui considère que le refus de reconnaître, en l'espèce, qu'une unité économique et sociale puisse comporter dans son périmètre tant des sociétés filiales que des établissements de la société mère occasionnerait « une sorte de séisme interne », et conduirait sans doute la société (Vivendi, en l'occurrence) « à transformer de façon tout à fait artificielle ces établissements en sociétés filiales ». Et l'avocat général d'ajouter : « que gagnerait-on à ce formalisme ? » (*Ibid.*, p. 14). C'est pourtant bien cette solution que retiendra la Chambre sociale, en affirmant « qu'il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels » (Cass. soc. 7 mai 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1076, p. 14).

inversement, lorsque ce choix découle de la prise en compte des effets (positifs) qu'est supposée générer la proposition que le magistrat privilégie²⁵⁶.

Contrairement à ce que suggère une représentation, passablement caricaturale, laissant entendre que les conseillers (rapporteurs) seraient littéralement ployés sur leur dossier et ne prendrait point de recul par rapport à celui-ci, l'examen attentif des *rappports publiés*, dans des affaires soumises à la Chambre sociale de la Cour de cassation, apporte la démonstration que ces magistrats ne sont nullement indifférents à l'impact, aux effets et aux conséquences, des décisions qu'ils contribuent préparer. Bien qu'il déclare parfois aborder le problème posé à la Cour « de manière pragmatique, voire simpliste, par un raisonnement de droit étroit »²⁵⁷, le magistrat, chargé de rédiger le rapport, s'efforce en règle générale de prendre en considération les implications et conséquences des diverses interprétations et solutions en concours²⁵⁸. Cette analyse peut le conduire à rejeter une interprétation, fût-elle confortée par la « lettre » des textes²⁵⁹, dès lors qu'il estime que celle-ci générerait des conséquences négatives²⁶⁰, ou

²⁵⁶ P. Lyon-Caen, « Modifications des contrats de travail pour motif économique. Obligation d'établir un plan social », Conclusions Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *RJS* 1997, p. 13 : « La concertation sur le plan social [dès le moment où des propositions de modifications du contrat de travail pour motif économique sont proposées à au moins dix salariés, dans une même période de 30 jours, dans une entreprise employeur au moins 50 salariés] ne va-t-elle pas éclairer les salariés, dont le contrat de travail doit être modifié, sur leur choix d'accepter ou non les modifications qui leur sont proposées ? ».

²⁵⁷ Selon les termes utilisés par : J-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 581.

²⁵⁸ P. Bailly, « Conditions de validité de la rupture amiable », Rapport Cass. soc. 2 déc. 2003, *op. cit.*, p. 8, évoquant (pour cependant écarter l'argument) le risque que le développement excessif de ruptures conventionnelles du contrat de travail puisse conduire à un contournement ou un évitement par les employeurs de la procédure requise en cas de licenciement collectif pour motif économique – le risque, en somme, que ce mode de rupture soit utilisé comme « *un outil de gestion de la main d'œuvre vieillissante* » (la rapporteur faisant ici référence à une étude de la DARES du mois de juillet 2003). Voir également : Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Rapport Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *op. cit.*, pp. 22-23, observant que, si l'obligation de mettre en place un plan social dès le stade où au moins dix propositions de modification du contrat de travail sont proposées peut apparaître lourde, du point de vue de l'employeur, elle permet aux salariés d'apporter une décision éclairée à ces propositions, dans la mesure où ils ont pu, préalablement, prendre connaissance des mesures de ce plan. *Adde* : J-Y. Frouin, « Force majeure, cause de rupture du contrat de travail. Définition », Rapport Cass. soc. 12 fév. 2003, *RJS* 2003, pp. 285-286, qui, d'une part, examine les incidences financières de la reconnaissance de la force majeure, comme cause autonome de rupture du contrat de travail, en relevant que l'article L. 122-9-1, issu de la loi de modernisation sociale, accorde désormais aux salariés, dans cette hypothèse, le droit aux indemnités de préavis et de licenciement (ce qui, de son point de vue, pourrait justifier une conception moins restrictive de la notion de force majeure), et qui, d'autre part, s'intéresse aux droits à indemnisation, dont bénéficieraient les salariés dont le contrat est rompu pour force majeure, au titre du chômage partiel ; A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 199, soulignant que l'interprétation (de l'article L. 124-7, alinéa 2, du Code du travail) conduisant à faire remonter les effets de la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée au premier jour de la première mission du salarié présenterait l'inconvénient majeur, en cas de pluralité d'employeurs, de « créer au détriment du seul premier employeur un contrat à durée indéterminée incluant des périodes consacrées par le salarié intérimaire à une autre entreprise ».

²⁵⁹ Voir, not. : S. Bourgeot, « Dérogation au repos dominical. *Établissement bancaire participant à un salon* », Rapport Cass. soc. 12 nov. 2002, *RJS* 2003, p. 16

²⁶⁰ Cette attitude est typiquement celle qu'adoptait récemment Monsieur Pierre Bailly dans l'un de ses rapports : « si, écrit-il, l'on accepte de conférer à l'article L. 122-12 du Code du travail un effet « relatif » (au sens où seul celui qu'il a pour vocation de protéger pourrait s'en prévaloir et donc renoncer à ses effets), des difficultés surgissent immédiatement, qui ne peuvent être ignorées. D'une part, si l'on devait considérer (...) que le refus du salarié [du transfert d'entreprise] impose à l'employeur cédant, s'il n'est pas en mesure de maintenir l'emploi exercé ou de proposer un reclassement dans l'entreprise, de procéder à un licenciement économique, la cause de licenciement qu'il pourra le plus souvent invoquer sera constituée par la réorganisation de l'entreprise, consécutive au transfert d'une partie (ou de la totalité) de ses éléments d'exploitation. Or, il ne sera pas nécessairement en ce cas en mesure de justifier que cette réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de la

encore à proposer l'abandon de l'interprétation qui prévalait jusqu'alors²⁶¹. Il arrivera même parfois que la prise en considération des conséquences constitue le prisme principal à travers lequel chacune des solutions en présence sont étudiées, appréciées et évaluées²⁶². La prise en considération des effets de l'interprétation préconisée ou, au contraire, de l'interprétation écartée, constitue une composante à part entière du raisonnement interprétatif du conseiller rapporteur. Ce qui ne signifie pas, pour autant, naturellement, qu'une telle démarche soit

compétitivité de l'entreprise. D'autre part, lorsque la cession intervient dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les prévisions du repreneur et le projet du tribunal ou du juge commissaire pourront être anéantis si les salariés concernés refusent en nombre de passer au service de cessionnaire et préfèrent obtenir une indemnisation. Enfin, il existe un risque de fraude, au détriment de l'AGS dans les procédures collectives, si le cédant et le cessionnaire s'entendent pour ne pas reprendre le personnel concerné par le transfert, en provoquant alors une opposition des salariés » (P. Bailly, « Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 11 mars 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 480). Voir également : A. Cœuret, « Unité économique et sociale. Les Hespérides », Rapport Cass. soc. 23 mai 2000, *RJS* 2000, spéc. p. 538.

²⁶¹ Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, pp. 50-51 ; C. Barberot, « Désignation des délégués syndicaux. Preuve de l'existence d'une section syndicale dans les entreprises d'au moins cinquante salariés », Rapport Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, p. 504.

²⁶² Un passage du rapport que publia Madame Agnès Martinel, en mars 2004, dans la *Revue de Jurisprudence Sociale*, en fournit une bonne illustration (A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire d'activité de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (deux arrêts), *RJS* 2004, spéc. p. 199) . S'interrogeant sur la question du point de départ des effets de la requalification d'un ou plusieurs contrats de travail temporaire en contrat de travail à durée déterminée, Madame Martinel estimait que plusieurs solutions pouvaient être envisagées au regard de la rédaction de l'article L. 124-7, alinéa 2, du Code du travail (« Lorsqu'un utilisateur a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4, ce salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission »). La *première solution* consiste à considérer que « le point de départ de l'action en requalification se situe au premier jour de la mission en cours au moment de l'exercice de l'action en requalification » ; la *seconde solution* « consiste à faire remonter les effets de la requalification au premier jour de la première mission » ; quant à la *troisième solution*, elle « consiste à considérer que les effets de cette requalification remontent au premier jour de la première mission irrégulière effectuée par le salarié auprès de l'entreprise utilisatrice » (*Ibid.*). C'est, essentiellement, à un examen des *conséquences* qu'entraînerait chacune de ces solutions que va sa livrer Madame Agnès Martinel. La première solution, explique-t-elle, peut, certes, être confortée par « le silence du texte », mais elle se heurte au fait que « le salarié peut former une demande de requalification pour plusieurs contrats temporaires successifs » (*Ibid.*). Une telle solution, dans la mesure où elle tendrait, en de telles circonstances, à ne pas prendre en compte cette succession de contrats, s'avère, du point de vue de ses effets, inopportune, semble-t-il, aux yeux de la magistrate, qui se tourne, dès lors, vers la seconde option envisageable. Cette solution, affirme-t-elle, « permettrait de réaffirmer que le fondement de cette action en requalification est constituée par la notion de sanction », mais elle présente néanmoins « un inconvénient majeur : les contrats successifs du travailleur intérimaire ne sont pas forcément conclus avec le même employeur ». Et Madame Martinel de souligner qu'elle s'avère peu satisfaisante, du point de vue des conséquences qu'elle entraînerait pour le premier employeur – et lui seul : « Ne serait-il pas alors injuste de créer ainsi au détriment du seul premier employeur un contrat à durée indéterminée incluant des périodes consacrées par le salarié intérimaire à une autre entreprise ? » (*Ibid.*, ajoutant : « En outre, le premier contrat temporaire a pu être parfaitement licite »). Quant à la troisième solution, elle présente l'avantage d'éviter les inconvénients des deux autres : « Elle ne se heurte pas à l'obstacle de la pluralité d'employeurs, tout en ayant le mérite de sanctionner le comportement de l'entreprise utilisatrice, mais uniquement à partir du moment où elle a passé un premier contrat qui n'était pas réellement justifié par un accroissement temporaire de son activité ». Si cette solution a, semble-t-il, la préférence de Madame Martinel, celle-ci n'en convient pas moins qu'il pourrait lui être opposé que les conséquences qu'elle entraîne ne sont pas non plus totalement satisfaisantes : « Certains objecteront peut-être qu'elle peut entraîner un rattachement du salarié à l'entreprise sur des périodes pendant lesquelles il est resté sans mission précise, notamment dans l'hypothèse où les missions n'auraient pas été continues » (*Ibid.*). Ainsi, c'est bien *au crible de leurs conséquences potentielles* que sont successivement passées, ici, chacune des solutions théoriquement envisageables.

aisée, faute pour le magistrat de toujours disposer des données, pertinentes, ou même nécessaires²⁶³, pour procéder à une telle appréciation²⁶⁴.

Cette exploration, sur les terres des conclusions (ou avis) et des rapports publiés, nous apporte la démonstration de la diversité, de la *pluralité*, des arguments et méthodes d'interprétation qui sont invoqués tant par les avocats généraux que par les conseillers (rapporteurs), dans leur activité de détermination du sens des textes. Plusieurs procédés sont utilisés, plusieurs « chemins » sont empruntés, pour parvenir à cette fin – sans exclusive. L'interprétation judiciaire ne se donne pas à voir comme une route d'ores et déjà tracée que l'interprète se contenterait de suivre. Des chemins parallèles existent : des ornières, des chemins vicinaux, et parfois des impasses. Le parcours n'est pas dessiné pas avance. L'interprète judiciaire reste partiellement maître des orientations qui sont à prendre. Il procède à des choix. La subjectivité de l'interprète intervient nécessairement chaque fois qu'une orientation est privilégiée, par rapport à une ou plusieurs autres options alternatives. La subjectivisme de l'interprète judiciaire vient immanquablement se loger dans l'effectuation du ou des choix réalisés – sans pour autant, d'ailleurs, que ces choix transforment l'acte interprétatif en décision purement subjective, la réalité étant plus complexe.

La dimension proprement *constructive* de l'interprétation judiciaire se trouve, de la sorte, mise au jour dans le discours judiciaire dit « interne » des conseillers rapporteurs et des avocats généraux. A y regarder de plus près, elle se trouve mise en exergue à *un double niveau*. Il y a, tout d'abord, nous venons de le voir, les choix, les options, auxquels procède l'interprète, qui le conduisent peu ou prou à définir les orientations du cheminement interprétatifs, à dessiner le chemin qui mène au sens du texte. Ce volet constructif de l'acte d'interprétation se livre sans détour à la lecture de ces discours judiciaires. Mais ce n'est pas tout. Le rapprochement de ces documents fait apparaître un autre aspect de la dimension constructrice de l'action de l'interprète. Cet aspect concerne non pas le choix des orientations dans lesquelles s'engage l'interprète, mais la détermination des éléments et l'usage des

²⁶³ Il arrive, d'ailleurs, que le rapporteur regrette expressément de ne pas disposer de toutes les données utiles, de ce point de vue. Voir : J-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, p. 54. L'interprétation retenue jusqu'à présent par la jurisprudence pouvait sans doute se recommander du souci de l'équilibre financier de l'AGS, remarque-t-il, avant d'ajouter : « Un revirement ne serait-il pas de nature à le compromettre ? Force est de reconnaître que nous ne disposons pas d'éléments d'appréciation précis à cet égard ».

²⁶⁴ Il n'est, dès lors, pas exclu que cette évaluation se révèle, en définitive, contestable, en tout cas passablement subjective. L'on songe, ici, à une argumentation développée par Monsieur Philippe Waquet, dans une affaire dont il était le rapporteur, et qui consistait à affirmer une chose au prétexte que sa négation serait aberrante. Il s'agit du rapport publié dans l'affaire *Pomona*, qui donna lieu aux trois arrêts du 27 janvier 1994, par lesquels la Chambre sociale de la Cour de cassation affirma « qu'à moins d'établir une fraude de leur employeur ou l'existence d'un vice du consentement, les salariés licenciés pour motif économique », qui ont personnellement adhéré à une convention d'allocations spéciales du Fonds national de l'emploi, « ne peuvent remettre en discussion la régularité et la légitimité de la rupture de leur contrat de travail » (*RJS* 1994, n° 173, p. 132). L'un des arguments avancés par Monsieur Philippe Waquet tenait au fait que l'administration du travail procédait à un contrôle de la légitimité des licenciements pour motif économique au moment de la signature des conventions du FNE : « Il serait aberrant, écrit-il, que l'État subventionne, par le canal FNE, des licenciements officiellement prononcés pour motif économique et qui seraient dépourvus de cause économique réelle et sérieuse. On peut donc retenir que la signature par le représentant de l'État d'une convention FNE donne une certaine garantie que les licenciements envisagés ont une cause économique réelle et sérieuse » (Ph. Waquet, « Conventions d'allocations spéciales du FNE. Portée de l'adhésion du salarié », Rapport Cass. soc. 27 janv. 1994 (3 arrêts), *RJS* 1994, p. 106). Or, rien, semble-t-il, ne permettait d'affirmer qu'un tel contrôle avait *effectivement* lieu – même si une telle carence peut paraître aberrante, pour reprendre les termes de l'éminent magistrat. Il n'est – signalons-le au passage, sans que ce propos prétende à une quelconque valeur scientifique – que de discuter avec des inspecteurs du travail pour se convaincre qu'un tel contrôle, depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, se révèle... quasiment inexistant.

méthodes, mobilisés par ce dernier. En d'autres termes, si l'interprète contribue, si l'on peut dire, à dessiner sa feuille de route, les chemins qu'il emprunte ne sont pas, eux non plus, tracés d'avance... Les éléments et méthodes d'interprétation ne se donnent pas comme des entités objectives, que l'interprète aurait certes la possibilité de retenir ou d'écarter, mais qui, une fois ce choix effectué, s'imposeraient à lui de manière inéluctable, sans qu'ils ne puissent contribuer à en façonner, un tant soit peu, la teneur. *Ce que révèlent implicitement les rapports et conclusions (ou avis) publiés, c'est que le constructivisme concerne, également, la détermination des éléments et des méthodes retenues par l'interprète.*

Il est essentiel d'examiner cet aspect de plus près.

B. L'interprétation, une activité placée sous le signe du constructivisme

L'analyse approfondie des rapports et des conclusions publiés conduit à prendre conscience de ce que le caractère – partiellement – constructif de l'interprétation persiste jusque et y compris dans l'usage des arguments et méthodes d'interprétation mobilisés par les magistrats. Cela signifie que chacun des éléments pris en considération par les rapporteurs et les avocats généraux, et, partant, chacune des méthodes d'interprétation qu'ils mobilisent, laisse place, en définitive, à *une certaine marge d'incertitude*. C'est le signe que ces méthodes sont elles-mêmes « interprétables ». Nous entendons par là que le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes, indépendamment du choix en faveur de l'une d'elles par le magistrat, n'enchaîne pas véritablement ce dernier. Le recours à une méthode, la mobilisation d'un certain type d'arguments relevant de cette méthode, ne bannit point la part de subjectivité de l'interprète. La dimension constructive de l'interprétation ne se réduit pas au choix entre des sens possibles ou entre des arguments et méthodes d'interprétation : elle s'exprime également *dans* la mobilisation de chacune de ces méthodes, *dans* l'identification des éléments correspondant. Quelques illustrations typiques permettent de le montrer.

Evoquons, tout d'abord, les *contraintes afférentes au texte interprété*. Nous avons relevé que les avocats généraux, comme les conseillers rapporteurs, s'érigeaient parfois en garant des limites du texte, et donc des limites interprétatives supposées inhérentes au texte lui-même. Cela donne à penser que le texte, *dans sa lettre*, s'impose à l'interprète judiciaire comme une donnée intangible sur laquelle ce dernier n'aurait aucune prise. Cette vision apparaît toutefois quelque peu ébranlée, à la lecture de certains rapports et conclusions. Il est manifeste que l'interprétation littérale n'est qu'une possibilité parmi d'autres. C'est ainsi, par exemple, que l'avocat général invitera la Cour de cassation à prendre ses distances par rapport à la signification dite littérale du texte, surtout si celle-ci conduit, à ses yeux, à contrevvenir à l'esprit de ce texte²⁶⁵, ou encore à « aller au-delà » de cette interprétation littérale²⁶⁶. Si les

²⁶⁵ Y. Chauvy, « Portée de l'avis médical d'incapacité totale dans la justification de l'impossibilité de reclassement du salarié victime d'un accident du travail », Conclusions Cass. soc. 29 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, spéc. p. 664 : « peut-on prendre le texte dans une lettre que condamnerait son esprit ? ». Il s'agissait ici de déterminer si l'avis du médecin du travail exprimant l'incapacité du salarié victime d'un accident du travail à reprendre *tout* emploi constituait, à lui seul, l'impossibilité de reclassement par l'employeur, cette question touchant à l'interprétation de l'article L. 122-32-5 du Code du travail. Pour l'avocat général (qui sera suivi dans ses conclusions par la Cour de cassation), la réponse ne fait aucun doute : l'avis médical ne peut suffire, il ne constitue pas en lui-même la preuve de l'impossibilité du reclassement. « Toute autre lecture du texte serait extrapolation », écrit-il (*Ibid.*, p. 665).

conseillers rapporteurs, comme les avocats généraux, se réfèrent parfois explicitement à l'idée qu'un texte « clair » ne donne pas lieu à interprétation (*doctrine du sens clair des textes*), il arrive également qu'ils préconisent, sur une question particulière, d'écarter la signification littérale, lorsque celle-ci apparaît, selon eux, dépourvue de « justification rationnelle »²⁶⁷. Or, dès lors que la clarté du texte est fonction de la « justification rationnelle » de la signification qui paraît découler de sa lettre, le moins que l'on puisse dire est que cette prétendue « clarté » du texte est une notion relative. Le magistrat le reconnaîtra quelquefois tacitement, à l'instar, par exemple, de Monsieur Yves Chauvy qui reconnaissait, dans l'un de ses avis, qu'un texte qui paraît, selon lui, « clair en soi », appelle une œuvre... de clarification du sens de la part de la Cour de cassation, dès lors qu'il fait l'objet, en pratique, à des interprétations délicates, et que la jurisprudence se trouve contestée par certains auteurs²⁶⁸. Ce qui est clair pour l'avocat général, en somme, ne l'est pas nécessairement pour d'autres, qu'il s'agisse d'auteurs de doctrine ou de magistrats²⁶⁹. Les rapporteurs et les avocats généraux, du reste, ne manquent pas d'observer que l'analyse sémantique s'avère quelquefois peu éclairante et débouche sur une impasse, dans la mesure où elle *semble* autoriser une signification et son contraire²⁷⁰. Ils laissent parfois entendre que la « contrainte textuelle » n'a pas la portée absolue que d'aucuns

²⁶⁶ G. Picca, « Cessation du contrat de travail. Accident du travail : sanction du licenciement intervenu durant la période de suspension du contrat », Conclusions Cass. soc. 22 mars 1989, *op. cit.*, p. 226, à propos de l'article L. 122-32-7 du Code du travail.

²⁶⁷ Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « Le recours du comité d'entreprise à un expert-comptable en vue de l'examen des documents comptables : entreprises concernées », Rapport Cass. soc. 30 avril 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 629.

²⁶⁸ Y. Chauvy, « La diffusion des tracts syndicaux dans l'entreprises : ses heures légales », Conclusions Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, p. 509 : « Le texte [de l'article L. 412-8, alinéa 4, du Code du travail] paraît déjà clair en soi : il fixe sans ambiguïté des conditions dans lesquelles peuvent être librement diffusés les tracts syndicaux (...). Mais, comme il est en pratique sujet à des interprétations parfois délicates, il importe d'en clarifier le sens ». La Cour de cassation, ajoute-t-il, « est à cet égard volontiers considérée comme trop restrictive » (référence étant ici faite au *Traité* du Professeur Verdier sur les syndicats et le droit syndical), non sans exprimer son point de vue sur la pertinence, à ses yeux, de ces reproches : « Encore, en présence d'un texte laissant apparemment peu de place à l'extension il serait injuste de reprocher à la jurisprudence d'entraver l'information syndicale ».

²⁶⁹ Notamment des magistrats de cours d'appel. C'est ainsi que Monsieur l'avocat général Georges Picca venait à déplorer l'interprétation « erronée » des textes faite par la Cour d'appel d'Orléans dans plusieurs arrêts rendus en date du 28 avril 1983, qui énonçaient qu'il résulte « à l'évidence » des textes issus de la loi du 27 décembre 1973 relative à l'AGS « que le régime d'assurance insolvabilité » est « indépendant de celui de l'assurance chômage des articles L. 351-1 et suivants du Code du travail ». Pour l'avocat général, qui estime, au contraire, que les dispositions en cause consacrent clairement le principe que seuls les employeurs tenus de cotiser de plein droit pour l'assurance chômage sont soumis au régime d'assurance insolvabilité, le raisonnement tenu par les juges du fond est « particulièrement grave », d'autant que la solution qu'ils ont retenu résulterait, selon leurs propres termes, des dispositions de l'article L. 143-11-1... « claires et précises et ne nécessitant pas d'interprétation à partir des travaux préparatoires de la loi du 27 décembre 1973 » (G. Picca, « Le régime particulier des entreprises publiques en matière d'assurance insolvabilité », Conclusions Cass. soc. 16 décembre 1987 (4 arrêts), *Dr. soc.* 1988, spéc. p. 491). C'est la preuve éclatante que ce qui est clair pour les uns, ne l'est pas toujours pour les autres...

²⁷⁰ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « L'employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou « dans un emploi équivalent » ? », Rapport Cass. soc. 24 janv. 1990, *op. cit.*, p. 330, à propos de la conjonction « ou », inscrite au cœur de l'article L. 425-3 du Code du travail (comme d'ailleurs des articles L. 412-19 et L. 436-3), qui est susceptible d'exprimer soit une alternative, avec un « choix » possible entre chacune de ses branches, soit une opposition, une exclusion, de l'une par rapport à l'autre (« à défaut de »). *Adde* : P. Lyon-Caen, « Le président du comité d'entreprise participe-t-il à l'élection du secrétaire de ce comité ? », Conclusions Cass. soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 30, qui estime, qu'en l'état actuel des textes, les mots « le comité d'entreprise » peuvent avoir deux acceptations qui peuvent inclure ou non son président. Si bien que l'interprétation littérale, consacrée de longue date par la Chambre sociale de la Cour de cassation, en vertu de laquelle le président du comité d'entreprise, à savoir le chef d'entreprise, participe à l'élection de ce comité, apparaît moins évidente qu'il n'y paraît. En réalité, affirme-t-il, « un choix est possible » (choix qui, selon lui, doit être fait « en fonction de l'esprit général de l'institution du comité d'entreprise tel qu'il résulte de la loi du 28 octobre 1982 et de l'article L. 431-4 du Code du travail »).

croient pouvoir lui conférer. L'existence du texte contribue à jalonner l'interprétation, mais elle ne l'éradique pas pour autant. Tel est le message que semble délivrer Monsieur Pierre Lyon-Caen, qui, après avoir rappelé que l'interprète est dans une certaine mesure « contraint », dans son activité de détermination du sens, par le texte, reconnaît explicitement que l'activité interprétative laisse une marge de manœuvre au juge : « S'il n'entre pas dans nos attributions de modifier les textes, il nous appartient de nous interroger sur le point de savoir si, en l'état de leur rédaction, il est possible d'en donner une autre interprétation »²⁷¹, écrit-il. Cela révèle que l'interprète judiciaire joue un rôle tout à fait essentiel dans l'appréhension même du texte, et de sa signification littérale.

La croyance qu'il existerait des "données extérieures et objectives" s'imposant à l'interprète sans que celui-ci ne dispose d'aucune marge de manœuvre à leur égard apparaît, de la même manière, remise en cause, s'agissant des contraintes jurisprudentielles. Cette observation peut apparaître évidente, s'agissant des « précédents » rendus par la même juridiction, dès lors qu'un revirement s'avère, au moins théoriquement, toujours possible. Elle l'est probablement moins, si la jurisprudence, prise en référence, provient d'une autre juridiction, par exemple de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Nous avons relevé, à ce titre, que les magistrats venaient, parfois, à insister sur la nécessité de se conformer à la jurisprudence communautaire, ce qui laisse, plus ou moins, entendre que celle-ci s'imposerait comme une contrainte juridique incontournable. On relève, cependant, des propos, tenu par les magistrats dans le cadre de leurs discours « internes », procédant d'une conception située aux antipodes de cette vision prônant la nécessaire soumission de la Cour de cassation vis-à-vis de la jurisprudence de la CJCE. En témoignent, par exemple, ces observations issues d'un avis de Monsieur Pierre Lyon-Caen : « il convient de ne pas se montrer esclave des juridictions européennes (certaines résistance des juges nationaux pouvant contribuer à des évolutions souhaitables) et ainsi avoir parfois la patience d'attendre ces évolutions (...) »²⁷². La nécessité pour la Chambre sociale de se conformer à la jurisprudence communautaire revêt ici, on en conviendra, un caractère très relatif, puisque l'avocat général en vient peu ou prou à écarter cette "contrainte".

Envisageons, en troisième lieu, *la question de l'identification des objectifs* ou des finalités de la loi. Il est intéressant de constater que l'objectif attribué à une même disposition est susceptible de varier quelque peu d'un conseiller à l'autre. C'est ainsi, par exemple, que l'on peut relever une légère nuance dans la façon, dont Messieurs Philippe Waquet et Pierre Bailly ont pu caractériser, respectivement, l'objectif que poursuivrait, selon eux, le deuxième alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail. Tandis que le premier estime que l'objectif – sous-entendu : l'objectif poursuivi par le législateur – consistait, avant tout, à soumettre les nombreuses ruptures pour raisons économiques qui donnent lieu à des accords aux dispositions légales relatives au licenciement collectif pour motif économique²⁷³, le deuxième semble voir dans cet élément une finalité *parmi d'autres*, une finalité qui intervient

²⁷¹ P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, p. 57.

²⁷² P. Lyon-Caen, « Astreintes et temps de repos. Le temps d'astreinte ne peut s'imputer sur le temps de repos », Avis Cass. soc. 10 juill. 2002, *RJS* 2002, p. 996. Il ajoute : « (...) et ce, d'autant plus que d'autres traités peuvent être invoqués, sans qu'il existe de hiérarchie entre eux ».

²⁷³ Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Rapport Cass. soc. 3 déc. 1996, *Dr. soc.* 1997, spéc. p. 21 : « tenant compte de ce que de nombreuses ruptures donnaient lieu à des accords (démissions négociées, rupture d'un commun accord, prises de retraite consenties moyennant des avantages, etc.), le législateur transposant d'ailleurs la directive communautaire du 22 juin 1992 a voulu éviter qu'un employeur qui n'aurait, en définitive, à prononcer qu'un petit nombre de licenciements, puisse se dispenser de respecter les articles L. 321-2 et suivants du Code du travail »

notamment *aux côtés* d'une autre, sinon même *après* elle : l'admission des ruptures de contrats de travail par recours aux départs volontaires²⁷⁴. Or, précisément, suivant que l'on souscrit à l'une ou à l'autre de ces analyses, la question de la validité des ruptures amiables du contrat de travail pour cause économique – question, aujourd'hui, tranchée par la Cour de cassation²⁷⁵ – ne trouve pas forcément la même réponse. C'est dire, en tout cas, que la détermination de l'objectif, de la finalité, de la loi procède, *en tant que telle*, au moins partiellement, d'une *construction de l'interprète*. Cet objectif ou cette finalité ne sont pas des entités « objectives » qui existeraient tout à fait indépendamment du regard de celui qui les appréhende.

La même observation peut être faite, en quatrième lieu, s'agissant de la *caractérisation de la volonté de l'auteur du texte*, et plus spécialement de la caractérisation de *l'intention du législateur* à travers la consultation des travaux préparatoires de la loi. A l'instar les avocats généraux, les conseillers rapporteurs sont parfaitement conscients, semble-t-il, de la difficulté d'identifier avec précision une telle donnée proprement psychologique. Ainsi reconnaissent-ils, le cas échéant, que la recherche de l'intention du législateur présente un caractère un peu vain, en affirmant que les travaux préparatoires « n'apportent pas d'élément déterminant pour la décision »²⁷⁶. L'intention du législateur est, parfois, considérée comme ambiguë²⁷⁷ – voire tenue pour introuvable²⁷⁸. C'est alors que la figure du « législateur rationnel » entre, éventuellement, en scène, qui permettra au conseiller de construire après coup ce qu'il *suppose être* la volonté du législateur – tout du moins d'un législateur qui ne saurait manquer à l'exigence de cohérence. Cette figure dissimule mal la part de *reconstruction*, à laquelle se livre l'interprète. S'ils ne s'engagent pas dans cette voie, les conseillers rapporteurs et les avocats généraux ne manquent pas, malgré eux, le plus souvent, de mettre en exergue soit le

²⁷⁴ P. Bailly, « Conditions de validité de la rupture amiable », Rapport Cass. soc. 2 déc. 2003, *op. cit.*, p. 9, affirmant : « le deuxième alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail (...) a précisément été introduit par la loi du 29 juillet 1992, dont la finalité était de conforter, en levant les incertitudes qui pouvaient en résulter, la jurisprudence qui admettait la rupture des contrats de travail par recours aux départs volontaires, tout en soumettant ces ruptures fondées sur des raisons économiques à la procédure applicable aux licenciements collectifs. Cette loi avait également pour objectif de transposer en droit interne la directive n° 92/56 du Conseil du 24 juin 1992, modifiant la directive 75/129, pour prendre en compte « les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs » dans le calcul du nombre des licenciements nécessitant la consultation des représentants du personnel. La directive de 1992 consacrait ainsi la légalité des modes de rupture du contrat de travail, autres que les licenciements, dont l'initiative revient à l'employeur ».

²⁷⁵ Précisément par l'arrêt rendu dans l'affaire ayant donné lieu au rapport de Monsieur Pierre Bailly : Cass. soc. 2 déc. 2003, *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1149, p. 10 ; *RJS* 2004, n° 179, p. 125 ; *Dr. soc.* 2004, p. 318, obs. J. Savatier. Ainsi la Cour de cassation affirme-t-elle que « le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore d'un commun accord des parties ». Dès lors, « la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise » constitue « une résiliation amiable du contrat de travail ».

²⁷⁶ Ph. Waquet, « L'employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou « dans un emploi équivalent » ? », Rapport Cass. soc. 24 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 331.

²⁷⁷ Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « L'envers du problème Basirico. Des effets de l'avenant portant révision d'une convention collective à l'égard des groupements patronaux non signataires et de leurs adhérents », Rapport Cass. soc. 29 mai 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 610.

²⁷⁸ Ce qui pourra parfois, selon le conseiller rapporteur, constituer un élément permettant de définir l'intention du législateur. Ainsi Monsieur Frouin écrit-il, dans l'un de ses rapports publiés : « Ni les travaux préparatoires de la loi, ni sa circulaire ne fournissent d'indication sur l'intention du législateur à cet égard, à moins que ce ne soit là précisément une indication » (J-Y. Frouin, « L'envers du problème Basirico. Des effets de l'avenant portant révision d'une convention collective à l'égard des groupements patronaux non signataires et de leurs adhérents », Rapport Cass. soc. 29 mai 1996, *op. cit.*, p. 611).

caractère discutable du recours à l'intention du législateur s'agissant de textes anciens²⁷⁹, soit le caractère quelquefois hasardeux de la quête de la volonté certaine du législateur. Il arrive que le magistrat vienne à discuter du contenu que certains auteurs ont pu conférer à cette volonté²⁸⁰, et se heurte ainsi à des divergences d'appréciation, quant à la signification qu'il est (prétendument) permis de déduire des travaux préparatoires²⁸¹. D'où la tentation, bien souvent, de s'abriter derrière l'analyse de certains auteurs, qui se sont employés à « caractériser » la volonté du législateur²⁸².

Cette ultime observation laisse augurer que, si l'interprétation judiciaire, telle qu'elle se donne à voir à travers le prisme (particulier) des rapports publiés par les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation, se présente comme une activité *constructive*, laissant place à une certaine marge d'appréciation, en chacune des étapes du processus de détermination de la signification du texte, elle n'est pas pour autant, *dans la pratique du magistrat*, une démarche solitaire ou, pour le dire autrement, "monologique". Le parcours que suit l'interprète judiciaire en vue de déterminer le sens du texte, se fait, en vérité, en compagnie de la doctrine, laquelle exerce, peu ou prou, le cas échéant, un rôle de guide. Le dialogue entre jurisprudence et doctrine, que nous examinerons plus loin, sous un angle théorique, ne se réduit, précisément, pas à une hypothèse théorique. Ce dialogue peut être constaté, observé, à travers l'examen des rapports et des conclusions publiés, comme nous allons le montrer à présent.

§ 2. La place essentielle faite à la doctrine dans les rapports et conclusions publiés

L'un des enseignements essentiels que fournit la lecture attentive des rapports et des conclusions (ou avis) publiés, que nous avons étudiés, tient à la place qu'occupent, dans ces documents, les analyses doctrinales. La doctrine apparaît proprement omniprésente, dans les discours judiciaires « internes » des conseillers rapporteurs et des avocats généraux. Le phénomène n'est, d'ailleurs, pas nouveau²⁸³. Les analyses développées par les auteurs de

²⁷⁹ Ainsi Monsieur Pierre Lyon-Caen estime-t-il, par exemple, qu'il « va de soi » que des textes, de plus de vingt ans d'âge, « ont pris leur autonomie », par rapport à l'intention de leurs rédacteurs (P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, p. 57).

²⁸⁰ Voir, par ex. : P. Lyon-Caen, « Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée : faut-il modifier la jurisprudence ? », Avis Cass. soc. 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 714, qui récuse l'accusation, adressée à la Cour de cassation, ne n'avoir pas respecté le texte législatif ou la volonté du législateur (s'agissant de l'article L. 122-3-1, alinéa 2, du Code du travail, relatif aux mentions obligatoires du CDD).

²⁸¹ Voir, not. : J-Y. Frouin, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation) », Rapport Cass. soc. 15 déc. 1998, *op. cit.*, pp. 51-52, contestant la signification que certains auteurs ont pu en tirer des travaux parlementaires ayant présidé à la création du plafonnement de l'AGS.

²⁸² Voir : C. Barberot, « Désignation des délégués syndicaux. Preuve de l'existence d'une section syndicale dans les entreprises d'au moins cinquante salariés », Rapport Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, p. 505. La caractérisation de l'intention du législateur se fait ici de façon médiate, par l'intermédiaire de l'autorité de certains auteurs de doctrine : « Le Professeur J.M. Verdier (...) souligne que le législateur a repoussé l'amendement qui exigeait que le syndicat soit représenté dans l'entreprise pour désigner un délégué syndical (JO débats AN, 25 mai 1982, p. 2506) : « le ministre du travail, en la combattant, a bien fait référence à l'existence d'un support humain et à la présence d'un adhérent au moins, évidente lorsqu'un délégué est désigné ». Le Professeur G. Borenfreund (...) relate que le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, M. Coffineau, a souhaité qu'il puisse y avoir désormais « concomitance entre la constitution de la section et la désignation du délégué syndical » (JO débats AN, 26 mai 1982, p. 2525). L'adoption de cette solution serait donc conforme à l'intention du législateur ».

²⁸³ Voir, par ex. : Blanchet, « Le régime juridique des protocoles d'accords conclus sous l'empire de la loi du 23 décembre 1946 et dépourvus de l'agrément du ministre du Travail », Conclusions Cass. soc. 9 mars 1957 (4

doctrine se trouvent véritablement intégrées à ces discours, et participent, en fait, comme nous allons le voir, non pas indirectement mais *directement*, au processus de détermination (jurisprudentielle) du sens du texte.

Les rapports et les conclusions révèlent que les magistrats, qui en sont les auteurs, procèdent à une recherche approfondie des analyses de type doctrinal développées dans le cadre de chroniques, notes, manuels, traités ou thèses, en rapport avec le problème soumis à la Haute juridiction. Ainsi les rapports, en particulier, comportent-ils, bien souvent, la reproduction d'extraits – parfois de longs extraits – d'articles ou d'ouvrages doctrinaux, qu'il s'agisse d'une argumentation liée à la question de droit posée à la Cour de cassation, dans l'affaire qui lui est soumise²⁸⁴, d'exposés généraux susceptibles d'éclairer les données du problème²⁸⁵, ou bien encore de présentation(s) de "l'état du droit positif" dans le domaine concerné, permettant d'avoir une vision complète des données positives du droit, à l'heure où les magistrats ont à se prononcer²⁸⁶. Les avocats généraux et les conseillers rapporteurs ne se contentent bien évidemment pas de citer – et parfois même de recenser²⁸⁷ – les opinions des auteurs, au travers d'extraits de leurs analyses. Ils se livrent, avant tout, à un examen très attentif de la doctrine²⁸⁸, en examinant de près l'opinion des auteurs²⁸⁹, et, le cas échéant, en indiquant, ce qu'ils pensent être la philosophie, autrement dit « l'optique », de tel ou tel d'entre eux²⁹⁰. Ils montrent une attention particulière aux questions soulevées en doctrine,

arrêts), *Dr. soc.* 1958, pp. 282, 283, 284 et 290, se référant aux analyses de Gérard Lyon-Caen, Francis Saramito, Jean Brethe de la Gressaye, et, surtout, Paul Durand ; R. Lindon, « La détermination des éléments composant le S.M.I.G. », Conclusions Cass. soc. 17 oct. 1958, *Dr. soc.* 1959, p. 153, citant André Brun et Henry Galland ; R. Lindon, « La condition juridique des musiciens collaborant à une entreprise d'enregistrement de disques », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1961, *Dr. soc.* 1961, spéc. pp. 350 et 352, faisant place, successivement, aux réflexions de René Savatier et de Guillaume Henri Camerlynck.

²⁸⁴ Voir par ex. : Ph. Waquet, « Comités d'entreprise et comité de groupe dans le cas des filiales communes », Rapport Cass. soc. 9 fév. 1994, *Dr. soc.* 1994, spéc. p. 253, où toute la colonne de droite est consacrée à la reproduction d'un passage d'un article du Professeur Gérard Couturier ; Ph. Waquet, « Le syndicat non signataire d'un accord collectif peut-il néanmoins en profiter ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *op. cit.*, pp. 55-56, qui reprend de larges extraits d'études réalisées, respectivement, par les Professeurs Jean Pélissier et Bernard Teyssié.

²⁸⁵ Voir, not. : Ph. Waquet, « Un membre du CHSCT peut-il librement circuler dans l'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 26 fév. 1992, *Dr. soc.* 1992, spéc. pp. 465-466, à propos des attributions du CHSCT, d'une part, et de la notion de flexibilité, d'autre part. Voir également, s'agissant, cette fois, d'un avis émanant d'un avocat général : P. Lyon-Caen, « Salariés protégés. Le retrait d'une autorisation de licenciement doit-il être assimilé à une annulation ? », Avis Cass. soc. 30 avril 2002 (2 arrêts), *RJS* 2002, spéc. pp. 616-617, se référant aux analyses des Professeurs Rivéro et Laubadère qui expliquaient que le retrait d'un acte administratif produit rétroactivement ses effets, au jour où il est intervenu. *Adde* : P. Lyon-Caen, « Convention collective. Notion d'« avantages individuels acquis » », Conclusions Cass. soc. 13 mars 2001, *Sem. soc. Lamy* 2001, n° 1021, spéc. p. 7, sur la détermination du caractère individuel ou collectif de l'avantage acquis.

²⁸⁶ Voir : Ph. Waquet, « La reprise d'un marché de prestations de service entraîne-t-elle l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ? », Rapport Cass. soc. 6 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 188, reprenant un extrait du traité du Professeur Couturier.

²⁸⁷ Pour une présentation assez surprenante consistant à faire se succéder pas moins de 18 opinions doctrinales, en citant, à chaque fois, des passages (ainsi, par ailleurs, que 19 extraits d'arrêts de la Cour de cassation !), voir : D.J. Graziani, « « L'autosatisfaction », la grève... et la Chambre sociale de la Cour de cassation », Conclusions Cass. soc. 21 mai 1991, *Dr. soc.* 1992, pp. 60-64.

²⁸⁸ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Accord concernant le fonctionnement du comité de groupe. Parties à l'accord », Rapport Cass. soc. 4 mai 1994, p. 493 et s.

²⁸⁹ Par ex. : P. Lyon-Caen, « Les délégués du personnel. *Institution individuelle ou collégiale ?* », Avis Cass. soc. 29 avril 2003, *RJS* 2003, p. 561 ; R. Kessous, « Incidences de la disparition des organismes signataires d'une convention collective », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 371.

²⁹⁰ Voir : P. Bailly, « Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 11 mars 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 479, qui parle, s'agissant d'un article de Monsieur Pascal Moussy publié, en juillet 2002, dans *Droit ouvrier*, d'une opinion développée « dans une revue réputée proche d'un syndicat de salariés ».

s'agissant du problème envisagé, en s'en faisant l'écho²⁹¹, voire en se les appropriant²⁹², et en s'efforçant, en outre, de répondre aux attentes qui ont pu être exprimées²⁹³.

Tant les conseillers (rapporteurs) que les avocats généraux apparaissent particulièrement attentifs aux *réflexions doctrinales portant sur la jurisprudence elle-même*. S'ils ne manquent nullement de relever les appels, lancés par certains auteurs de doctrine, pour que la Cour de cassation prenne clairement position sur une question précise²⁹⁴, les conseillers se montrent, avant tout, soucieux, dans un premier temps, de relever, puis, éventuellement, dans un deuxième temps, de prendre en considération les critiques, émises en doctrine, à l'encontre de la jurisprudence²⁹⁵. Il sera, le cas échéant, fait état, dans le rapport, des critiques doctrinales que la jurisprudence a suscitées²⁹⁶. Et ce sont, notamment, ces critiques²⁹⁷ qui pourront conduire le rapporteur à préconiser un revirement de jurisprudence²⁹⁷. De même l'avocat général scrutera-t-il de près les commentaires qui ont été faits, en doctrine, des arrêts de la Cour de cassation, spécialement sur une question délicate²⁹⁸, et se montrera sensible aux critiques

²⁹¹ Par ex. : J-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 585, à propos d'une suggestion formulée par le Professeur Gérard Couturier.

²⁹² Voir, par ex. : J. Duplat, « Responsabilité civile des organisations professionnelles de transporteurs. *Participation à un mouvement national* », Avis Cass. soc. 11 janv. 2006, *RJS* 2006, p. 201, qui, après avoir rappelé la manière dont la jurisprudence et la doctrine définissent généralement la grève et relevé que cette définition inclut implicitement le recours par les salariés à la force pour contraindre leur employeur à satisfaire une revendication de nature professionnelle, énonce qu'il « est permis de se demander avec le Professeur Teysse (J-Cl. Travail « La grève dans le secteur privé » fasc 70-10 n° 6) si une grève authentique ne peut pas prendre naissance uniquement dans les rapports salariés – employeurs et si, en conséquence, la qualification de grève, appliquée à un mouvement revendicatif de travailleurs indépendants, appelant à organiser des barrages filtrants aux abords de raffineries et entrepôts pétroliers, afin de faire pression sur le Gouvernement pour appuyer des revendications professionnelles, est justifiée » (*Ibid.*, poursuivant par cette formule – faussement interrogative en réalité : « N'est-on pas plus proche d'un mouvement de revendication politique à finalité professionnelle, destiné à peser sur les pouvoirs publics, que de l'exercice du droit de grève classique ? »).

²⁹³ Voir, par ex. : Y. Chauvy, « Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié », Conclusions Cass. soc. 25 juin 1992 (2 arrêts), *Dr. soc.* 1992, pp. 818-824. Faisant explicitement écho au « courant doctrinal qui appelle de ses vœux plus d'unité dans la qualification de la rupture » (*Ibid.*, p. 824) suite au refus par le salarié d'une modification « non substantielle » du contrat de travail (terminologie utilisée par la Cour de cassation à l'époque), l'avocat général s'efforçait de frayer la voie d'une clarification, sur la base de la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture. Le moment paraît venu, affirmait-il, « d'étendre, mais avec la terminologie appropriée, les formalités de rupture à la situation du salarié qui refuse la modification non substantielle » (*Ibid.*) ; « le moment est venu de choisir et de fixer une doctrine afin de donner un sens aux règles de rupture » (*Ibid.*, p. 818).

²⁹⁴ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *op. cit.*, relevant les propos de Gérard Lyon-Caen, qui appelait de ses vœux, dans une note d'arrêt, la condamnation par la Cour de cassation des procédés d'enregistrement des conversations des salariés.

²⁹⁵ Voir, not. : V. Pams-Tatu, « Élections professionnelles : l'employeur peut-il mettre des bulletins blancs à la disposition des électeurs ? », Rapport Cass. soc. 25 fév. 1992, *Dr. soc.* 1992, spéc. p. 456, à propos des critiques formulées par Monsieur Maurice Cohen.

²⁹⁶ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Une transaction peut-elle mettre fin au contrat de travail d'un représentant du personnel ? », Rapport Cass. soc. 2 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, spéc. pp. 153-154.

²⁹⁷ Voir, not. : C. Barberot, « Désignation des délégués syndicaux. Preuve de l'existence d'une section syndicale dans les entreprises d'au moins cinquante salariés », Rapport Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, spéc. p. 505.

²⁹⁸ P. Lyon-Caen, « Requalification du contrat à durée déterminée. *Saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes* », Avis Cass. soc. 4 déc. 2002, *op. cit.*, p. 108, qui fait état des commentaires publiés, dans *Droit social*, par le Professeur Claude Roy-Loustaunau, s'agissant d'arrêts où se posait la question de savoir si la procédure spéciale, dérogatoire au droit commun, instituée par le législateur, en matière de requalification des contrats à durée déterminée, doit être cantonnée au seul domaine de la requalification et à ses conséquences financières, obligeant ainsi le salarié à saisir de ses (éventuelles) autres demandes le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, ou si cette procédure dérogatoire autorise le bureau de jugement à examiner l'ensemble des demandes formulées à cette occasion par le salarié, y compris celles ne concernant pas la requalification.

doctrinales, à plus forte raison lorsqu'elles sont formulées « en termes sévères »²⁹⁹. Il se fera l'écho des inquiétudes exprimées par certains auteurs à l'égard d'une solution consacrée précédemment par la Cour de cassation³⁰⁰. Aussi tentera-t-il d'appréhender la réception, dont une décision antérieure a été l'objet, en doctrine³⁰¹, pour, le cas échéant, inviter la Cour à affermir sa jurisprudence³⁰². S'interrogeant sur l'opportunité de militer en faveur d'un revirement de jurisprudence, l'avocat général partira en quête des « appréciations » portées par la doctrine sur la jurisprudence actuelle³⁰³. A l'instar du rapporteur, il fera état des critiques formulées à l'encontre d'une jurisprudence ou d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation par certains auteurs³⁰⁴ – voire par une doctrine qui se présente, au regard

²⁹⁹ G. Picca, « Vers un contrôle allégé de la Cour de cassation ? », Conclusions Cass. soc. 16 déc. 1986, *Dr. soc.* 1987, p. 89, à propos de trois arrêts, rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date des 10 et 12 décembre 1985, qui avaient, en matière d'appréciation du caractère réel et sérieux du licenciement, initié un allègement du contrôle, en empruntant au contentieux administratif la notion d'erreur manifeste d'appréciation. Voir également : G. Picca, « Travail à temps très réduit et représentation du personnel », Conclusions Cass. soc. 18 juin 1981 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1981, p. 543, prenant en considération les vives critiques, formulées notamment par le Professeur Jean-Claude Javillier, à l'encontre d'un arrêt du 14 juin 1979, par lequel la Chambre sociale a jugé qu'un salarié détaché afin d'exercer les fonctions de permanent syndical ne pouvait être éligible dans son entreprise d'origine (même si son contrat de travail n'était que suspendu). La Cour de cassation reprendra cependant la solution qu'elle avait consacrée en 1979 dans l'arrêt qu'elle rendra dans cette affaire (Cass. soc. 18 juin 1981, 3^{ème} esp., *Dr. soc.* 1981, pp. 545-546).

³⁰⁰ Voir : J. Duplat, « Portée de la mention de la convention collective dans le contrat de travail et sur le bulletin de paye », Conclusions Cass. soc. 18 juill. 2000 (3 arrêts), *RJS* 2000, spéc. p. 714, rendant compte, à ce sujet, de l'analyse du Professeur Jean Savatier, qui insistait sur les dangers de la solution jurisprudentielle, issue d'un arrêt du 18 novembre 1998, tendant à donner à la mention de la convention collective sur le bulletin de paye la force de présomption irréfragable de l'application de cette convention à l'entreprise.

³⁰¹ Voir, par ex. : P. Franck, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? », Conclusions Cass. soc. 15 mai 1991 (2 arrêts), *Dr. soc.* 1991, spéc. p. 623. « La position de la chambre sociale a (...)été approuvée par les rares auteurs qui ont abordé la question de la discrimination en matière de sanction disciplinaire et notamment par M. le professeur Ray de l'Université de Paris I », observe-t-il, avant de reproduire un extrait des analyses de cet auteur.

³⁰² Par ex. : P. Lyon-Caen, « Contrôle de la fraude dans la désignation d'un délégué syndical », Conclusions Cass. soc. 16 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, spéc. p. 488, faisant état des analyses des Professeurs Couturier et Verdier, au sujet d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 14 mai 1997. Un arrêt qui, à lui seul, ne suffirait pas à marquer une rupture par rapport à la jurisprudence antérieure, selon l'avocat général : « Je ne suis pas sûr qu'une seule hirondelle suffise à annoncer le printemps, écrit-il. Il en faudrait plusieurs... ».

³⁰³ Voir, par ex. : P. Lyon-Caen, « Le « droit propre » de l'AGS, en matière de requalification de CDD, doit-il être remis en question ? », *Avis Cass. soc.* 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 293, citant l'opinion du Professeur Blaise, et regrettant, au passage, que la doctrine « s'intéresse peu au problème » envisagé, « les rares professeurs qui écrivent sur le sujet se contentant de commenter savamment [les] décisions sans porter à leur sujet d'appréciations ».

³⁰⁴ Voir, par ex. : P. Lyon-Caen, « Les conséquences de la « prise d'acte » par l'employeur d'une démission équivoque », *Avis Cass. soc.* 25 juin 2003 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2003, p. 816, évoquant les vives critiques doctrinales, émises par le Professeur Jean-Emmanuel Ray, portant sur la jurisprudence qui tendait à écarter l'hypothèse des ruptures imputables aux salariés pour consacrer une conception binaire (suivant l'alternative démission non équivoque / licenciement) ; P. Lyon-Caen, « Faillite ouverte à l'étranger. Un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS ? », *Avis Cass. soc.* 3 juin 2003 (3 arrêts), *RJS* 2003, spéc. p. 659, à propos d'une décision du 3 octobre 2001 ; P. Lyon-Caen, « Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée : faut-il modifier la jurisprudence ? », *Avis Cass. soc.* 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 714 ; P. Franck, « Conflits collectifs. Grève. Débrayages répétés. Retenues sur salaire excédant la durée de l'arrêt de travail », Conclusions Cass. soc. 6 juin 1989, *RJS* 1989, p. 334 ; G. Picca, « Cessation du contrat de travail. Accident du travail : sanction du licenciement intervenu durant la période de suspension du contrat », Conclusions Cass. soc. 22 mars 1989, *RJS* 1989, p. 226.

des opinions publiées, comme unanime, en ce qu'aucun auteur n'a semblé considérer l'interprétation retenue par la Haute juridiction comme satisfaisante³⁰⁵.

Il est même arrivé que l'avocat général pose, dès les premières lignes de ses conclusions, que la jurisprudence actuellement applicable donne lieu à de nombreuses critiques doctrinales, et qu'elle est l'objet d'une véritable désapprobation générale. L'on songe, à ce titre, entre autres exemples, aux conclusions de Monsieur Pierre Lyon-Caen dans l'affaire *M. Depelley et autres c./ SA Bull et autres*³⁰⁶, lequel précisait d'emblée : « Je n'ai pas trouvé d'écrits expressément approuvateurs sur cette question »³⁰⁷. Les auteurs, constatait-il, parlent soit d'une solution « *particulièrement inopportune* »³⁰⁸, soit de « *solutions contestables* »³⁰⁹, mais aucun ne semble approuver l'option interprétative retenue par la Cour de cassation. Si, précise cet avocat général, la Chambre sociale n'a pas à se prononcer sur le *seul* fondement des opinions de la doctrine³¹⁰, nul doute que le consensus *contre* la solution de la Cour de cassation (en vertu de laquelle le chef d'entreprise a le droit de participer à la désignation du secrétaire du comité d'entreprise) constituait une incitation particulièrement forte pour que soit opéré un changement de jurisprudence. Ce à quoi, pourtant, la Chambre sociale se refusera³¹¹. C'est là une hypothèse typique de... « forçage » de la doctrine.

La doctrine juridique ne joue pas seulement, si l'on peut dire, le rôle de « cause impulsive ». Elle ne permet pas seulement aux magistrats de prendre conscience des limites, et des inconvénients, d'une interprétation ou d'une solution jurisprudentielle. Elle fait aussi fonction de « *matrice* », en apportant, d'une certaine façon, la matière première à partir de laquelle l'activité interprétative du magistrat va pouvoir s'exercer, et sa réflexion cheminer.

L'identification des sens possibles ou admissibles est, généralement, explicitement opérée par le conseiller rapporteur, en particulier, sur la base des significations proposées ou préconisées par la doctrine. Les solutions, que celui-ci vient à étudier et envisager, sont celles, le plus souvent, qu'il déduit de l'examen des études doctrinales sur le sujet³¹². En matière d'interprétation jurisprudentielle, les significations possibles – au sens de significations *admissibles* – sont, avant tout, celles qui ont été avancées en doctrine. C'est, du moins, ce que

³⁰⁵ P. Lyon-Caen, « Le plafonnement de la garantie de l'AGS (un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. L'introuvable plafond 13 », Conclusions Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. ouvrier* 1999, p. 57 : « Je n'ai lu nulle part que la situation actuelle était satisfaisante et qu'il fallait la maintenir ».

³⁰⁶ Conclusions qui s'inscrivaient, d'ailleurs, dans le prolongement direct de celles émises, neuf ans plus tôt, par Monsieur Yves Chauvy, dans une affaire qui posait une question strictement identique, à savoir : le président du comité d'entreprise participe-t-il à l'élection du secrétaire de ce comité ? Voir : Y. Chauvy, « Représentation du personnel. Participation du président à la désignation du secrétaire du comité d'entreprise », *RJS* 1991, pp. 556-559.

³⁰⁷ P. Lyon-Caen, « Le président du comité d'entreprise participe-t-il à l'élection du secrétaire de ce comité ? », Conclusions Cass. soc. 21 nov. 2001, *Dr. soc.* 2000, p. 29.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 29, citant Messieurs Maurice Cohen et Jean Savatier.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 29, citant notamment le Professeur Couturier et les auteurs du *Précis Dalloz* de droit du travail.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 29 : « Mais il va de soi que vous n'avez pas à vous prononcer sur le seul fondement des opinions de la doctrine ou des avis du Conseil économique et social, si intéressants soient-ils ! ».

³¹¹ Cass. soc. 21 nov. 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 32, obs. M. Cohen : « Mais attendu qu'en application de l'article L. 433-1 du Code du travail, le chef d'établissement est membre du comité d'établissement ; qu'il doit à ce titre, et conformément à l'article L. 434-2 du même code participer à la désignation du secrétaire du comité, ce vote ne constituant pas la consultation des membres élus du comité en tant que délégation du personnel ».

³¹² Pour une illustration éclatante, voir, par ex. : Ph. Waquet, « Accord concernant le fonctionnement du comité de groupe. Parties à l'accord », *op. cit.*, spéc. pp. 493-496. Voir aussi : J-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, qui présente les deux réponses diamétralement opposées qui ont été faites, en doctrine, à la question posée à la Cour de cassation (respectivement par le Professeur Bernard Teyssié et Monsieur Maurice Cohen).

révèle la lecture des rapports publiés par des conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

L'examen des conclusions conforte cette observation. L'avocat général évaluera, par exemple, le soutien dont bénéficient, respectivement, les thèses en présence, au sein de la doctrine, en mettant en évidence, le cas échéant, la « thèse de la doctrine dominante »³¹³. C'est ainsi sur la base même des analyses doctrinales que le magistrat s'efforcera de faire apparaître les différentes interprétations envisageables et de détecter celle qui fait l'objet, le cas échéant, d'un certain consensus. Les analyses et réflexions doctrinales constituent, de la sorte, le terreau des significations admissibles.

L'avis rendu par Monsieur Pierre Lyon-Caen, dans l'affaire *Beauseigneur c./ URSSAF des Alpes maritimes*, qui donna lieu à l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2003, revêt, à cet égard, un caractère exemplaire³¹⁴. C'est de l'interprétation de l'article R. 516-1 du Code du travail, posant le principe d'unicité d'instance en matière prud'homale dont il était question. Sans aborder le problème de fond, contentons-nous ici de retracer la démarche qui a été suivie par l'avocat général. Il est intéressant de relever, tout d'abord, que l'interprétation à donner au texte en cause paraissait, aux yeux de Monsieur Pierre Lyon-Caen, « évidente »³¹⁵, à première vue. Tel ne semblait, cependant, pas être le cas du conseiller rapporteur, ou, tout du moins, du magistrat qui préconisa de renvoyer l'affaire devant, non pas une formation restreinte, mais la formation ordinaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation – ce qui montre que l'évidence en matière d'interprétation (comme ailleurs) n'est pas forcément la chose la mieux partagée au monde, et combien il faut se méfier de la signification *prima facie* du texte, laquelle dissimule, souvent, un choix interprétatif qui ne dit pas son nom. Toujours est-il que ce renvoi va conduire l'avocat général, selon ses termes, à « justifier » son point de vue³¹⁶. Monsieur Pierre Lyon-Caen oppose, à l'interprétation « exégétique » du texte, opérée par la Cour d'appel, une interprétation dite « téléologique »³¹⁷. Pour ce faire, il se penche sur les « raisons » susceptibles de militer en faveur des différentes solutions envisageables³¹⁸. Examinant les justifications que les auteurs donnent de la règle de l'unicité d'instance, l'avocat général

³¹³ Voir : Y. Chauvy, « Activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. Pour une primauté des comités d'établissement sur le comité central d'entreprise dans la gestion et le financement de ces activités », Conclusions Cass. soc. 30 juin 1993, *op. cit.*, p. 497, s'agissant de la « thèse privilégiant le comité central d'entreprise par rapport aux comités d'établissement » (en se référant aux analyses des Professeurs Gérard Couturier, Bernard Teysie et Pierre Ortscheidt), et pp. 499-500, s'agissant de la « thèse de la doctrine dominante » (en se référant aux analyses des Professeurs Yves Chalaron, Jean Savatier, Gérard Lyon-Caen, Jean Péliissier, ainsi que de Monsieur Maurice Cohen et du *Lamy social*).

³¹⁴ P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité d'instance doit-il être maintenu ? », Avis Cass. soc. 12 nov. 2003, *Dr. soc.* 2004, pp. 100-103, suivi de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans cette affaire.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 100.

³¹⁶ P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité d'instance doit-il être maintenu ? », Avis Cass. soc. 12 nov. 2003, *op. cit.*, p. 100.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 100 : « La Cour d'appel adopte une interprétation exégétique de l'article R. 516-1, qui est, effectivement, conforme à cette que vous aviez retenue autrefois [référence étant faite à un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation rendu en date du 21 novembre 1974, publié au *Bulletin (Bull. civ., V, n° 563)*, et à un arrêt rendu en formation restreinte, et non publié, rendu en date du 9 juillet 2002 (n° 2553)]. Je vous propose d'adopter une interprétation téléologique, à tous égards plus satisfaisante, au regard de la finalité du droit du travail et des principes fondamentaux du droit au procès équitable, pouvant s'inscrire dans le cadre d'une évolution de votre jurisprudence relative à cette disposition du Code du travail, qui est sensible depuis quelques années ».

³¹⁸ *Ibid.*, p. 100 : « Quelles raisons pourriez-vous avoir de faire une application très stricte et donc d'interpréter littéralement l'article R. 516-1, ou au contraire de donner à ce principe (...) une portée la plus limitée possible, voire d'en paralyser l'application en vertu de l'article 6-1 de la CEDH ». Souligné par nous.

estime qu'aucune ne convainc vraiment. Il relève, en particulier, que la doctrine, de façon (presque) unanime, apparaît éminemment critique à l'égard de ce principe propre à la procédure prud'homale³¹⁹, et que l'interprétation « littérale » de l'article R. 516-1 serait, selon lui, contraire, non seulement à l'article 4 du Code civil, mais aussi à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En présence d'une jurisprudence en la matière, qu'il décrit comme « contrastée », Monsieur Pierre Lyon-Caen proposera à la Chambre sociale d'opter, soit en faveur de la mise à l'écart pure et simple du texte légal, soit de suivre une suggestion proposée par le Professeur Alain Supiot, visant à restreindre son champ d'application³²⁰. L'exemplarité – chacun l'aura compris – de cet avis tient à ce qu'il donne à voir l'activité interprétative du juge, dans toutes ses dimensions : un choix argumenté de l'interprète entre des sens possibles et la sollicitation de la doctrine pour identifier la ou les signification(s) considérée(s) comme admissibles, mais aussi frayer la voie d'une interprétation, d'une solution, nouvelle. Que la Chambre sociale ait choisi – une fois encore – de retenir une interprétation contraire à celle que préconisait l'avocat général dans cette affaire – interprétation qui fera d'ailleurs à son tour l'objet de critiques doctrinales³²¹ – n'y change rien : *les conclusions de l'avocat général lèvent le voile, de manière absolument éclatante, sur ce que les arrêts tendant à dissimuler. En l'occurrence : l'influence exercée par la doctrine sur l'activité interprétative du juge.*

Les avocats généraux et les conseillers (rapporteurs) ne partent pas de rien, pour ainsi dire. Ils s'appuient sur les significations qui ont été proposées en doctrine et qui, de fait, ont été considérées comme recevables, tout du moins par certains auteurs – c'est-à-dire sur les significations qui ont été jugées admissibles *au sein de la communauté savante d'interprétation*. A supposer, bien sûr, que la doctrine ne soit pas restée silencieuse³²² sur le sujet.

Sous cette seule réserve, les conseillers comme les avocats généraux font état, dans leurs rapports et leurs conclusions, généralement, des analyses doctrinales qui ont été développées³²³. Ils recensent les opinions avancées par les auteurs, y compris dans le cadre de thèses de doctorat³²⁴, et identifient les différents arguments et analyses proposées, au soutien

³¹⁹ Monsieur Pierre Lyon-Caen fait, à cet égard, état des opinions des Professeurs Perrot, Audinet, Desdevises et Supiot, ainsi que de Messieurs Buffet, Pautrat, Leroux-Cocheril et Gentot (*Ibid.*, p. 101, en précisant néanmoins que cette opinion n'est pas partagée par Messieurs Villebrun et Quétant).

³²⁰ *Ibid.*, p. 103.

³²¹ Voir par exemple les observations de Madame Marianne Keller (*Dr. soc.* 2004, pp. 104-105), qui regrette que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'occasion qui lui était donnée ici pour « mettre un coup d'arrêt à une règle contestable et contestée par une doctrine devenue quasiment majoritaire », exception faite de l'opinion de Messieurs Villebrun et Quétant. Et l'auteur de conclure : « Il ne reste plus qu'à souhaiter que la Cour de cassation rattrape le pas de clerc de l'arrêt du 12.11.2003 à la première occasion (...). À défaut, il faudra remettre sur le métier textes réglementaires et législatifs contradictoires et non conformes au modèle universel du procès équitable de la CEDH » (*Ibid.*, p. 105).

³²² A travers des publications, s'entend.

³²³ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Conventions d'allocations spéciales du FNE. Portée de l'adhésion du salarié », Rapport Cass. soc. 27 janv. 1994 (3 arrêts), *RJS* 1994, spéc. pp. 104-105.

³²⁴ Ph. Waquet, « Le syndicat non signataire d'un accord collectif peut-il néanmoins en profiter ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, spéc. pp. 56-57, citant les Professeurs Jean Savatier et Yves Chalaron, ainsi que la thèse de Madame Rotschild-Souriac sur les accords collectifs au niveau de l'entreprise ; J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 428, s'appuyant sur les analyses développées par le Professeur Bernard Teyssié dans sa thèse de doctorat, dont il cite d'ailleurs un extrait.

de chacune des thèses en concurrence³²⁵. Ils s'appuient sur les analyses prospectives, le cas échéant, menées, dans le passé, par certains auteurs³²⁶. Ils fondent leur argumentation sur les analyses, et, éventuellement, sur les distinctions, avancées par les auteurs, afin d'identifier ce qui leur paraît être, au moment où ils se déterminent, la « meilleure » solution, ou interprétation, dans un domaine précis³²⁷. Parfois, il est vrai, la question apparaît à ce point controversée que l'examen de la doctrine ne saurait, selon le point de vue de l'avocat général, fournir au juge un « guide » quant au choix interprétatif que la Cour de cassation est amenée à opérer. C'est ainsi par exemple que Monsieur Philippe de Caigny, dans l'affaire *La Samaritaine*, qui donna (notamment) lieu au célèbre arrêt du 13 février 1997 – arrêt par lequel la Chambre sociale décida que « la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 (...) sont eux-mêmes nuls »³²⁸ – écrivait dans le cadre de ses conclusions : « L'opinion de la doctrine ne nous paraît pas pouvoir vous guider dans le choix de la solution à adopter, les auteurs étant divisés sur la portée de ce texte »³²⁹. Reste

³²⁵ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 19 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994, spéc. pp. 959-960.

³²⁶ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « L'obligation de négocier : portée d'un accord de principe sur la réduction du temps de travail », Rapport Cass. soc. 19 déc. 1989, *Dr. soc.* 1990, pp. 151-152, se référant notamment aux analyses développées par Jean Carbonnier dans une note publiée en 1958.

³²⁷ Pour une illustration éclatante, voir : J. Duplat, « Réintégration du salarié en cas de nullité du licenciement », Avis Cass. soc. 30 avril 2003, *RJS* 2003, pp. 557-558, qui, s'agissant de la question de la réintégration d'un salarié dont le licenciement a été annulé, se recommande des analyses développées par les Professeurs Gérard Couturier et Philippe Malaurie, ainsi que de la distinction, défendue – dans sa thèse, mais aussi dans le résumé qu'elle publia, en 2001, dans *Droit social* – par Madame Manuela Grévy, entre la poursuite du contrat de travail, qui procède d'une logique de « rétablissement de la légalité » par la suppression de l'illicéité ou l'exécution forcée de l'obligation méconnue, et la « réparation » indemnitaire du préjudice, qui n'a qu'un rôle subsidiaire et complémentaire.

³²⁸ Cass. soc. 13 fév. 1997 (2^{ème} arrêt), *Dr. soc.* 1997, p. 255, et la note de G. Couturier, p. 256 ; *Cah. soc. barreau* 1997, A22, p. 105, obs. A. Philbert ; *D.* 1997, *Jur.*, p. 171, note A. Lyon-Caen ; *JCP* 1997, éd. G., II, 22843, note F. Gaudu ; *RJS* 1997, n° 269, ainsi que l'étude de P-H. Antonmattei, « La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social », p. 155. C'est ici du second alinéa de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 27 janvier 1993, dont il est question : « La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (...) ». Rappelons que cet article a, depuis lors, été modifié, notamment par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, laquelle a opéré la transcription législative, en particulier, de la solution de principe consacrée par l'arrêt – plus précisément, le *second* arrêt – *La Samaritaine*, en l'inscrivant dans ce même article.

³²⁹ Ph. de Caigny, « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements », Conclusions Cass. soc. 12 fév. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 253. « Certains comme MM. Couturier, Prétot, Savatier estiment que la nullité édictée par ce texte n'affecte que la procédure de licenciement collectif et qu'ainsi, les licenciements individuels sont réguliers », précise-t-il. « D'autres, MM. Pélissier, Gaudu, Bossu soutiennent au contraire que la nullité des licenciements individuels doit être la conséquence de l'annulation de la procédure collective » (*Ibid.*). Monsieur Philippe de Caigny choisira la seconde option. Selon lui, soutenir que le licenciement notifié par l'employeur à un salarié concerné par un licenciement collectif pour motif économique n'est pas affecté par l'annulation de la procédure prononcée en application de l'article L. 321-4-1 « apparaît contraire à la finalité de l'instauration de la procédure collective », l'obligation pour l'employeur de mettre en place un plan social comportant un plan de reclassement ayant été « édictée dans l'intérêt des salariés ». En outre, ajoute-t-il, il apparaît impossible de nier l'existence d'un « lien très étroit » entre le licenciement collectif et les licenciements individuels : le premier « conditionne » les seconds. « Le licenciement individuel n'apparaît être que « l'individualisation » du licenciement collectif ». Certains textes du Code du travail (art. L. 321-6 et L. 122-14) conforteraient la thèse de l'imbrication étroite des licenciements individuels et du licenciement collectif. « La dépendance du licenciement individuel par rapport au licenciement collectif paraît si forte que l'on pourrait estimer qu'il s'agit d'un seul licenciement en deux temps en deux phases », écrit Monsieur Philippe de Caigny. Et l'avocat général de conclure : « La nullité du licenciement individuel, conséquence de la nullité de la

que, même dans cette hypothèse particulière, les arguments avancés par les auteurs viendront à pénétrer le raisonnement et le cheminement interprétatif de l'interprète. Ces arguments seront soumis à l'examen critique des avocats généraux et des rapporteurs : certains arguments ou suggestions seront accueillis, d'autres seront, au contraire, écartés – ce dont le magistrat, conseiller ou avocat général, se justifiera³³⁰ en général. Cette appréciation du magistrat s'appuiera, dans la mesure du possible, sur la position adoptée par un auteur, y compris lorsqu'il s'agit d'écartier l'argumentation défendue par un autre³³¹.

L'image qui est donnée dans les rapports et conclusions publiés de l'interprète judiciaire, est celle d'un juge qui s'inscrit dans une perspective *dialogique*. Un juge qui n'œuvre point dans le solipsisme, mais qui participe à un « échange d'arguments » entre ces autres interprètes du droit que sont les auteurs de doctrine. Un magistrat qui intervient au cœur d'un « espace de discussion » mettant en relation étroite jurisprudence et doctrine³³².

procédure de licenciement, ne paraît pas être contraire aux textes du Code du travail ni aux buts poursuivis en édictant cette nullité » (*Ibid.*).

³³⁰ Voir, par ex. : P. Lyon-Caen, « Astreintes et temps de repos. Le temps d'astreinte ne peut s'imputer sur le temps de repos », Avis Cass. soc. 10 juill. 2002, *RJS* 2002, pp. 995-996, qui écarte la proposition du Professeur Jean-Emmanuel Ray visant à distinguer « l'astreinte astreignante » de celle qui ne le serait pas, en estimant qu'en réalité, « lorsque l'astreinte est tellement astreignante, l'on bascule dans le travail effectif » ; P. Lyon-Caen, « Ordre des licenciements pour motif économique. Cas d'application », Conclusions Cass. soc. 3 déc. 1996, *RJS* 1997, spéc. p. 15, à propos de l'opinion – défendue notamment par le Professeur Despax et par Maître Henri José Legrand – suivant laquelle les critères de l'ordre des licenciements auraient vocation à s'appliquer au stade des propositions de reclassement, en matière de licenciement pour motif économique, et non pas au stade (ultime) du ou des licenciements, proprement dit. Voir également : P. Franck, « A propos du départ en retraite des journalistes », Conclusions Cass. soc. 24 avril 1986, *Dr. soc.* 1986, spéc. pp. 463-464, s'efforçant de réfuter l'argumentation des auteurs qui – avant que le législateur n'intervienne sur cette question en 1987 – considéreraient comme illicites les clauses conventionnelles de mise à la retraite automatique, dites clauses « guillotines » ou « couperet ». *Adde* : P. Lyon-Caen, Emploi. Un salarié, étranger en situation irrégulière, a-t-il droit à une indemnité de préavis ? », Conclusions Cass. soc. 12 mars 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1069, p. 8, qui répond au commentaire que le Professeur Jean Savatier avait donné d'un arrêt du 14 octobre 1997, à l'occasion duquel celui-ci reprochait à la Chambre sociale d'avoir ignoré l'article L. 341-6-1 du Code du travail, en affirmant que ce texte légal n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où l'employeur a embauché un étranger qui était, *dès l'origine*, en situation irrégulière, et non dans celle où l'employeur a embauché un étranger qui se trouvait, au départ, en situation régulière mais dont la carte de séjour n'a pas été renouvelée.

³³¹ Voir, par ex. : P. Bailly, « Conditions de validité de la rupture amiable », Rapport Cass. soc. 2 déc. 2003, *op. cit.*, p. 8 : « Il est vrai que cette faculté de mettre fin au contrat de travail d'un commun accord a été contestée, au nom de la spécificité (ou de l'autonomie) du droit du travail et d'une lecture *a contrario* de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, qui réserverait son domaine d'application au seul contrat de travail à durée déterminée [référence étant faite à des articles du Professeur Christophe Radé]. Cependant l'argument n'est pas pleinement convaincant et il semble au contraire que le renvoi que L. 121-1 du Code du travail fait aux règles de droit commun permet de considérer que, sauf prohibition expresse, le droit de mettre fin au contrat d'un commun accord s'applique au contrat de travail [référence étant faite à un article du Professeur Jean Savatier] ». *Adde* : J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 582, critiquant l'analyse du Professeur Teysse et se ralliant à celle du Professeur Verkindt. Tout se passe *comme si* le rapporteur ressentait le besoin de trouver un "soutien" dans l'argumentation d'un auteur de doctrine, en lui empruntant un peu de son autorité (au sens de prestige ou de crédit).

³³² Dans le domaine du droit du travail, la « doctrine », à laquelle se réfèrent les magistrats n'est pas nécessairement la doctrine *dans son ensemble*. Il s'agit le plus souvent de la doctrine *en droit du travail*. Voir, par exemple, de façon explicite : J. Duplat, « Sur la portée des recommandations patronales », Conclusions Cass. soc. 29 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, spéc. p. 796, qui, s'interrogeant sur les fondements juridiques de la force obligatoire des recommandations patronales, privilégie la thèse de l'engagement unilatéral de volonté, et souligne que celle-ci recueille « l'assentiment d'une grande partie de la doctrine » en droit du travail (référence étant faite aux analyses du Professeur Bernard Teysse et des auteurs du *Précis Dalloz* de droit du travail, à savoir, à cette époque, les Professeurs Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot), et ce, alors même que la doctrine civiliste n'aurait « d'une manière générale pas admis avec faveur l'engagement unilatéral comme source créatrice de droit autonome ».

C'est, il est important de le relever, une conception singulièrement souple – certains diront peut-être élargie – de la doctrine que consacrent, implicitement, les conseillers et les avocats généraux, dans leurs rapports et conclusions, puisque, le concept regroupe, sous leurs plumes, aux côtés de professeurs de droit et des juristes universitaires, tant les commentateurs anonymes du *Lamy*³³³ que les magistrats de la (Chambre sociale de la) Cour de cassation eux-mêmes³³⁴. Nous aurons, le moment venu, à tirer les conséquences théoriques de cette acception, qui, bien que large, n'est pas, précisons-le, sans limite³³⁵.

Ce qu'il nous semble essentiel de mettre en avant, c'est le « *besoin de doctrine* », si l'on peut dire, que les conseillers rapporteurs, en particulier, manifestent régulièrement dans leurs rapports publiés. Nous désignons, par là, le besoin, pour l'interprète judiciaire, tout du moins pour les conseillers, de disposer, au moment où ils engagent leur réflexion, le cas échéant leur activité interprétative, d'une « *matrice* » doctrinale sur le sujet qu'ils abordent. Une matrice, qui frayera, idéalement, le champ des possibles concernant l'éventail des sens envisageables, qui apportera les arguments en faveur ou en défaveur de telle ou telle option, ou qui comportera des opinions reposant sur une argumentation, une construction (doctrinale) ou des justifications de divers ordres. *En somme, une matrice, qui reflétera l'état des opinions « argumentées » et des conceptions prévalantes sur le sujet, à un moment donné, au sein de la communauté savante d'interprétation.* Ce « *besoin de doctrine* » trouve sa manifestation la plus éclatante dans les regrets qu'expriment les conseillers rapporteurs, chaque fois qu'ils se trouvent confrontés à une question de droit ou à un problème qui n'a pas, jusqu'alors, retenu l'attention de la doctrine, et, par conséquent, n'a pas vraiment été, sinon abordé, du moins approfondi, par les auteurs – en tout cas, pas sous l'angle de la question posée à la Cour de cassation. A en croire les conseillers rapporteurs, l'hypothèse serait loin d'être rare³³⁶. Ce

³³³ En l'occurrence du *Lamy social*. Voir, par ex. : J-Y. Frouin, « Comité d'entreprise. Consultation sur la marché générale de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 12 nov. 1997, *RJS* 1997, p. 819 ; Ph. Waquet, « Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise ? », Rapport Cass. soc. 19 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 960 ; Ph. Waquet, « L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations », Rapport Cass. soc. 20 fév. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 317 ; Ph. Waquet, « L'employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou « dans un emploi équivalent » ? », Rapport Cass. soc. 24 janv. 1990, *op. cit.*, p. 331, intégrant explicitement le *Lamy social* dans la doctrine.

³³⁴ Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Rapport Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 21, évoquant les positions de « deux auteurs » : le Professeur Savatier et Monsieur Boubli.

³³⁵ C'est ainsi, par exemple, que Monsieur l'avocat général Pierre Lyon-Caen précisera, s'agissant du jugement critique à l'encontre de la jurisprudence, exposé dans *Jurisprudence sociale UIMM* : « il ne peut s'agir d'une opinion doctrinale, mais d'une prise de position syndicale, défendant les intérêts de ses mandants » (P. Lyon-Caen, « Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée : faut-il modifier la jurisprudence ? », *Avis Cass. soc.* 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 714).

³³⁶ Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Rapport Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 22 : « La doctrine n'est guère abondante sur le sujet qui nous occupe » ; Ph. Waquet, « Conventions d'allocations spéciales du FNE. Portée de l'adhésion du salarié », Rapport Cass. soc. 27 janv. 1994 (3 arrêts), *RJS* 1994, p. 104 : « Bien que la difficulté qui nous intéresse n'ait pas été spécialement étudiée, aucune étude ne paraissant lui avoir été consacrée, certains auteurs ont exprimé une opinion qu'il convient de citer » ; ; Ph. Waquet, « Le syndicat non signataire d'un accord collectif peut-il néanmoins en profiter ? », Rapport Cass. soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 56 : « À la vérité, le problème de fond n'a pas été traité par les traités et manuels » ; Ph. Waquet, « Le comité d'entreprise peut-il organiser un référendum auprès du personnel ? », Rapport Cass. soc. 19 déc. 1990, *op. cit.*, p. 269, relevant que la doctrine est (quasiment) « muette » ; Ph. Waquet, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? », Rapport Cass. soc. 15 mai 1991 (2 arrêts), *Dr. soc.* 1991, p. 620 : « La doctrine a peu abordé le problème » (exception faite des Professeurs Ray et Rougère) ; J-Y. Frouin, « Le recours du comité d'entreprise à un expert-comptable en vue de l'examen des documents comptables : entreprises concernées », Rapport Cass. soc. 30 avril 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 627 : cette question, affirme-t-il, « la doctrine le plus souvent ne l'aborde pas directement sous l'angle qui

(relatif) silence de la doctrine apparaît souvent lié au fait que la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la question posée ou que cette question n'a pas, jusqu'alors, suscité un contentieux important³³⁷. Certains expliqueront, peut-être, cette situation par le fait que les universitaires – lorsqu'ils ne sont pas aussi des praticiens – ne sont pas forcément les mieux placés pour appréhender les problèmes pratiques qui se posent, et qui suscitent, dans un second temps, des questions de droit. D'où une certaine inclinaison à envisager des questions de principe, plutôt que d'aborder les questions très « concrètes » liées à leur mise en œuvre³³⁸. D'autres l'expliqueront, sans doute, par l'ambition de certaines études doctrinales de se limiter à une approche purement « descriptive ». L'essentiel n'est pas là. Ce qui, selon nous, mérite de retenir l'attention, c'est *le besoin exprimé par les magistrats que la doctrine précède la jurisprudence*, qu'elle fraye le(s) chemin(s) de l'interprétation jurisprudentielle. N'est-ce pas, du reste, le vœu qu'Adhémar Esmein formulait il y a un peu plus d'un siècle, dans l'article inaugural de la *Revue Trimestrielle de Droit civil*³³⁹ ?

On le voit, la représentation qui est donnée de l'interprétation judiciaire, dans les conclusions (ou avis) et les rapports publiés par les avocats généraux et les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation, ne se réduit pas à celle d'un acte – l'acte interprétatif, fût-il considéré comme un choix entre des sens possibles. Elle est plus dense, plus complexe, que cela. *L'interprétation judiciaire, ou jurisprudentielle, présente, ici, le visage du dialogue, non pas celle du monologue. Elle est « dialogisme », et non « monologisme ».*

nous est soumis. Plus exactement, la doctrine la plus nombreuse énonce en termes généraux que la faculté de recours à un expert-comptable est ouverte à tous les comités de toutes les entreprises, mais ne s'arrête pas à la question particulière de savoir si pour l'examen des documents de gestion prévisionnelle mentionnés à l'alinéa 14 de l'article L. 432-4, il y a lieu de distinguer entre les sociétés commerciales et les autres entreprises ou entre les sociétés et les autres personnes morales » ; J-Y. Frouin, « L'envers du problème Basirico. Des effets de l'avenant portant révision d'une convention collective à l'égard des groupements patronaux non signataires et de leurs adhérents », Rapport Cass. soc. 29 mai 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 612 : « les nombreux commentaires des deux arrêts Basirico (celui de la chambre sociale, et celui de l'Assemblée plénière), si on les a bien lus, n'envisagent jamais la question symétrique de celle posée dans l'affaire « Basirico » de la portée de l'avenant portant révision qui n'a été signé que par partie des organisations patronales signataires du texte de base [excepté, précise-t-il, un article de M. Roche] » ; J-Y. Frouin, « Le refus du salarié de se soumettre à une contre-visite médicale ou d'en restaurer les conclusions constitue-t-il une faute ? », Rapport Cass. soc. 10 oct. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 984 : « La doctrine est très discrète sur la question (...) ». *Adde* : Y. Chagny, « Sur l'autorité du plan de continuation à l'égard du salarié qui demande le paiement de ses créances privilégiées », Rapport Cass. soc. 19 fév. 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 520, qui observe que les questions du régime des créances résultant du contrat de travail antérieures à l'ouverture du redressement judiciaire de l'employeur lorsque le tribunal arrête le plan de redressement organisant la continuation de l'entreprise, d'une part, et de l'autorité du jugement qui arrête le plan de redressement à l'égard des salariés, d'autre part, « n'ont pas suscité jusqu'à ce jour un contentieux important et que les auteurs ne leur consacrent que quelques lignes, le plus souvent assez peu explicatives, y compris dans leurs ouvrages les plus volumineux ». Ce qui amènera le conseiller rapporteur à proposer, lui-même, un exposé sur trois points précis : la fixation du principe et du montant des créances salariales antérieures au jugement d'ouverture du redressement judiciaire, le paiement des créances ainsi fixées dans leur principe et leur montant, et l'incidence de l'adoption du plan de continuation de l'entreprise sur le paiement de la partie des créances dont l'avance n'a pas été faite par l'AGS (*Ibid.*, spéc. pp. 520-522).

³³⁷ Ce que souligne généralement, dans le même temps, le conseiller rapporteur (voir, par ex. : Y. Chagny, « Sur l'autorité du plan de continuation à l'égard du salarié qui demande le paiement de ses créances privilégiées », Rapport Cass. soc. 19 fév. 2002, *op. cit.*, p. 520 ; J-Y. Frouin, « Le recours du comité d'entreprise à un expert-comptable en vue de l'examen des documents comptables : entreprises concernées », Rapport Cass. soc. 30 avril 1997, *op. cit.*, p. 627).

³³⁸ Explication qui semble confortée par le constat que faisait Monsieur Philippe Waquet, en avril 1990 : « Les auteurs se sont abondamment expliqués sur la réintégration elle-même, mais ses modalités ne les intéressent guère » (Ph. Waquet, « L'employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou « dans un emploi équivalent » ? », Rapport Cass. soc. 24 janv. 1990, *op. cit.*, p. 331).

³³⁹ A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, pp. 5-19.

Section 2. L'orientation dialogique des rapports et conclusions

La perspective que nous proposons, dans le cadre de cette section, ne recoupe pas celle que nous venons de mettre œuvre.

Il nous faut y insister. L'optique que nous *avons* retenue jusque là était singulière : nous cherchions, à travers l'examen de ces rapports et conclusions à caractériser l'activité d'interprétation – le raisonnement interprétatif – des magistrats, en mettant tout à la fois en évidence la *structure* de l'acte interprétatif, tel qu'il se trouve mis en œuvre dans ces discours, et la *substance*, la matière, notamment les éléments, arguments et raisons, mobilisés par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux, pour procéder à l'interprétation d'un texte³⁴⁰. Nous *appréhendons* ces discours, en réalité, comme des *modes de preuve*³⁴¹. De fait, c'est ce que ces discours traduisent, montrent, représentent, et donnent à voir, qui nous intéressait. Nous nous en saisissions comme des représentations, des miroirs, des portraits, de l'activité d'interprétation. Comme autant de photographies, d'instantanés, fixant une action. A les aborder sous cet angle, les rapports et conclusions ne livrent, toutefois, qu'une part seulement de leur richesse³⁴². Ces discours ne sauraient, en effet, être réduits à des témoignages. Ce serait passer totalement à côté de leur fonction propre.

Précisons : nous ne parlons pas, ici, des fonctions qu'assument les rapports et avis au sein du processus d'élaboration d'une décision de la (Chambre sociale de la) Cour de cassation³⁴³, mais du rôle caractéristique que jouent ces discours, *en tant que discours publiés, et uniquement en tant que tels*, dans l'univers discursif du droit³⁴⁴. C'est, précisément, *parce qu'ils sont publiés* – en général simultanément à la diffusion de l'arrêt auquel ils se rapportent, et, en tout état de cause, après que la décision a été rendue – que ces discours ne sont nullement réductibles à des « témoignages-transcriptions » d'un acte (l'activité interprétative du conseiller rapporteur ou de l'avocat général) déjà accomplis. Le fait même de leur publication confère à ces discours une fonction autonome. *La publication les dote, en réalité, d'une dynamique propre. Une fois publiés, ces discours entrent en action.* Pour être plus précis, ces discours, en tant qu'actes de langage, à partir du moment où ils font l'objet d'une large diffusion dans le cadre de revues juridiques spécialisées en particulier, vont *agir* d'une tout autre manière qu'au moment de leur production au stade du processus d'élaboration d'une décision de la Cour de cassation. *La publication va, en quelque sorte, transfigurer l'agir de ces discours judiciaires.*

Pour le montrer, plus fondamentalement, pour cerner la fonction de ces discours, et, partant, l'action qu'ils exercent, il apparaît nécessaire de modifier notre regard sur ce *corpus* de textes. Ainsi convient-il de les appréhender, *non plus* comme des tableaux, portraits, miroirs, photographies ou représentations figés, *mais* comme des textes en action dans le champ du droit. De

³⁴⁰ Nous avons, du reste, pris soin de bien distinguer ces deux aspects.

³⁴¹ Les discours n'étant (évidemment) pas des faits empiriques, l'expression « *modes de preuve* » apparaîtra peut-être discutable. Elle traduit, cependant, parfaitement la manière dont nous avons précédemment *appréhendé* ces textes, *d'un point de vue épistémologique*.

³⁴² Voire... de leur mystère.

³⁴³ Lesquelles sont très étroitement liées aux missions respectivement dévolues au conseiller rapporteur et à l'avocat général.

³⁴⁴ Aussi approximative qu'elle puisse paraître, cette métaphore présente l'avantage, à ce stade, de ne point anticiper sur les propositions auxquelles l'examen que nous allons mener aboutira. Et de maintenir – pendant un temps encore, peut-être – le « mystère », pour reprendre le terme utilisé dans la pénultième note de bas de page.

les envisager, *non plus* au regard de ce qu'ils traduisent, montrent, représentent ou donnent à voir, *mais* au regard de ce qu'ils *sont*, de ce qu'ils *font*, *accomplissent*, *effectuent* ou *réalisent*.

Il n'y a pas de secret : modifier le regard que l'on porte sur une réalité permet de prendre conscience, voire de faire émerger, une autre image de cette réalité. De découvrir son autre face, son autre visage, pour faire allusion à la figure emblématique de Janus. Le *primo* regard, que nous avons porté sur les rapports et avis publiés dans le champ du droit du travail, nous avait, entre autres, permis de constater – mieux : de *démontrer*³⁴⁵ – que les conseillers rapporteurs et les avocats généraux se réfèrent et, plus encore, puisent dans la matrice ou la matière doctrinale la substance de leur raisonnement. *Ce qui signifie que les analyses doctrinales orientent, influencent, guident, le raisonnement du magistrat.* Nous pouvions déjà en conclure que le juge, loin d'œuvrer dans le solipsisme, est, dans son activité, en prise directe avec l'intersubjectivité, qu'il intervient au cœur d'un « espace de discussion » mettant en relation étroite jurisprudence et doctrine, et que l'interprétation jurisprudentielle³⁴⁶ présente un caractère *dialogique*. En réalité, la démonstration que nous avons alors entreprise ne conduisait à mettre en relief *que l'une* des dimensions du caractère dialogique de cette activité interprétative³⁴⁷. Il en est cependant une autre, qui laisse entrevoir que la dimension dialogique peut revêtir une autre forme que celle que nous avons auparavant mise en lumière.

A examiner les rapports et conclusions sous l'angle de leur fonction et de leur action propres, l'on s'aperçoit, en effet, que ces discours ne se contentent pas de se tourner vers des discours antérieurs, mais qu'ils sont tournés – dialogiquement – vers l'avenir. Pour le dire autrement, l'on découvre que ces discours ne sont pas seulement des « réceptacles » de la doctrine, qu'ils ne constituent nullement le point d'aboutissement de la relation dialogique que nous voyons s'esquisser entre jurisprudence et doctrine, mais qu'ils suscitent eux-mêmes une relation de ce type. Et ils le font à plusieurs titres.

Nous nous proposons de mettre en lumière deux dimensions. La première se rapporte au fait que les rapports et conclusions publiés visent, de plusieurs manières, à éclairer la signification de l'arrêt rendu par la Cour de cassation. De fait, ces discours – *en tant que discours publiés* – œuvrent à la détermination de cette signification, comme une anticipation du sens que pourraient lui donner ses interprètes, notamment doctrinaux. C'est ce que nous appellerons la *perspective interprétative* des rapports et conclusions (§ 1). La seconde dimension se rapporte, quant à elle, au fait que ces discours apportent une justification à la solution retenue par la Haute juridiction, au travers d'une argumentation qui est absente du texte des arrêts. Ils apportent la justification « externe » que les arrêts, en tant que tels, occultent, et assument. *Leur perspective est ici argumentative* (§ 2). *Dans les deux cas, les rapports et conclusions sont doublement orientés : vers le texte de l'arrêt* – qu'ils ont, certes, originellement précédé, mais dont ils accompagnent ou suivent la diffusion au moment de leur publication – *ainsi que vers les destinataires, c'est-à-dire les interprètes, de l'arrêt.*

³⁴⁵ Ces discours étant alors appréhendés, comme nous venons de le préciser, comme des « modes de preuve ».

³⁴⁶ Ou judiciaire.

³⁴⁷ Telle que l'exercent, du moins, les conseillers rapporteurs et les avocats généraux, dans le processus interne de l'élaboration d'une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

§ 1. La perspective interprétative

Nous jouons délibérément ici de l'ambiguïté que recèle la formule « perspective interprétative ». Car les rapports et conclusions publiés, s'ils tendent avant tout à expliciter, à faire comprendre, la décision de la Cour de cassation et, par là même, à asseoir ou fixer la signification de l'arrêt, viennent aussi, parfois, enrichir cette signification. Si ce n'est leur visée, la fonction qu'ils remplissent consiste, non seulement à anticiper les interprétations à venir, mais aussi à intervenir sur l'interprétation de l'arrêt. Comme s'ils incarnaient un second temps de la phase de *prédétermination* de sa signification, en s'inscrivant dans son prolongement. En se greffant quasiment sur le texte de l'arrêt.

En somme, ces discours anticipent la compréhension de l'arrêt (1), en même temps qu'ils en prolongent, en quelque sorte, la signification (2).

A. Une anticipation de la compréhension de l'arrêt

Les rapports et conclusions sont comme une ouverture, un chemin permettant d'accéder au cœur du processus de formation de la jurisprudence, et de comprendre comment le problème interprétatif a été abordé par les magistrats et la manière dont il a été résolu.

1. Une fenêtre ouverte sur le processus jurisprudentiel

C'est tout particulièrement vrai en ce qui concerne les *rapports* publiés par des conseillers de la Cour de cassation, conjointement à un arrêt rendu par celle-ci. Ces discours ouvrent, en effet, sur le « processus interne » d'élaboration d'une décision au sein de la Chambre sociale de la Cour de cassation – nous avons pu nous en apercevoir. La publication d'un rapport, de ce point de vue, s'apparente à *une fenêtre ouverte sur la fabrique du droit*, puisque l'on entre alors de plain-pied dans ce qu'on peut appeler l'atelier de la formation de la jurisprudence. L'examen d'un rapport publié permet, en effet, au lecteur, non pas d'accéder directement à la phase de construction de la décision³⁴⁸, mais à tout le moins d'approcher cette phase, grâce à la vision en quelque sorte rétrospective qui lui en est donnée. Invité, après coup, à prendre connaissance d'une version – vraisemblablement allégée – du rapport établi à l'occasion du traitement d'un dossier soumis à la Cour et qui a été soumis aux différents membres de la formation amenée à statuer dans cette affaire, ce lecteur pourra, en particulier, découvrir ce que fut la contribution du conseiller-rapporteur, et, par là même, déceler son influence, sur le raisonnement et la solution retenue. Il trouvera dans le rapport *des* clefs susceptibles d'éclairer la décision rendue par la Cour de cassation. Car, ne l'oublions pas, le conseiller-rapporteur est une force de propositions : il propose, suggère et développe des pistes³⁴⁹.

Les rapports, mais aussi les conclusions, sont riches d'informations, de tous ordres. Ainsi ces discours sont-ils souvent l'occasion de mises au point, notamment par le conseiller rapporteur,

³⁴⁸ La publication du rapport intervenant au moment de la diffusion de l'arrêt auquel il est attaché, il n'est pas exclu qu'il ne corresponde pas en tous points au rapport qui avait été établi originellement.

³⁴⁹ Ces propositions, suggestions et pistes étant, à l'arrivée, reprises ou écartées par la collégialité des magistrats.

sur la jurisprudence de la Cour de cassation³⁵⁰, ou d'un exposé synthétique sur la jurisprudence sur tel ou tel point³⁵¹. Mais au-delà, ces discours offrent des *clefs de lecture* de l'arrêt.

2. Des clefs de lecture de l'arrêt

Ainsi, ces discours comporteront, par exemple, des éléments qui permettent de comprendre comment la décision concernée s'articule avec un précédent arrêt³⁵².

Le rapport ou les conclusions apporteront un éclairage intéressant sur la nouvelle « doctrine » qu'adopte, à un moment donné, la Cour de cassation³⁵³. Ils mettront au jour les conceptions présidant à la résolution d'une question³⁵⁴. Ils pourront être l'occasion, pour le magistrat, de souligner la place d'un concept dans le « corpus juridique » de la Chambre sociale de la Cour de cassation, et de marquer, par là même, son importance dans l'œuvre jurisprudentielle³⁵⁵. Le conseiller rapporteur ou l'avocat général s'autorisent parfois à formuler aussi clairement que possible une règle qu'aucun arrêt n'exprime sous cette forme, mais qui se dégage, selon eux, implicitement, de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est, par exemple, ce que faisait

³⁵⁰ Voir, par. : Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Rapport Cass. soc. 3 déc. 1996 (2 arrêts), *op. cit.*, p. 20, au sujet de la distinction jurisprudentielle entre la modification du contrat de travail et le simple changement des conditions de travail.

³⁵¹ Par exemple, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation s'agissant de la « grève de solidarité ». Voir, à ce sujet : Ph. Waquet, « L'arrêt de travail collectif pour soutenir un autre salarié constitue-t-il une grève ? », Rapport Cass. soc. 16 nov. 1993, *Dr. soc.* 1994, spéc. p. 36.

³⁵² Les conclusions de Monsieur Jacques Duplat, publiées dans la *Semaine sociale Lamy* du 11 octobre 2004 (J. Duplat, « Stock options. Le droit à réparation du salarié empêché de lever ses options », Avis Cass. soc. 29 sept. 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1185, pp. 10-11), en complément d'un arrêt du 29 septembre 2004, par lequel la Cour de cassation a décidé que le salarié qui, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, n'avait pu lever ses *stock options* doit obtenir réparation du préjudice subi à ce titre, en fournissent une illustration. La lecture de cet avis permettra, en effet, de comprendre que la Chambre sociale ne remettait nullement en cause au travers de cet arrêt, la solution, découlant d'un arrêt du 23 juin 2004 (*RJS* 2004, n° 1072), suivant laquelle le salarié, qui a fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne peut, dès lors qu'il ne remplit pas la conditions de présence exigée, exercer ses droits (sauf à ce que soit caractérisée la mauvaise foi de l'employeur), mais qu'elle entendait distinguer deux types de contestations judiciaires : celle visant à mettre en cause la perte de l'exercice ou la caducité du droit à la levée des actions, d'une part, et celle visant à obtenir réparation du préjudice résultant pour le salarié de la perte injustifiée de son droit à la levée des stock options, consécutivement au prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'autre part. Ce qui sera, en définitive, une manière de souligner qu'il sera impérieux, pour le salarié, de bien choisir le terrain sur lequel se développera son action judiciaire.

³⁵³ Voir, par ex. : Y. Chauvy, « Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié », Conclusions Cass. soc. 25 juin 1992 (2 arrêts), *Dr. soc.* 1992, pp. 818-824.

³⁵⁴ Telle que la question de l'applicabilité directe des traités internationaux par exemple. Voir : A. Martinel, « Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT », Rapport Cass. soc. 29 mars 2006, *RJS* 2006, spéc. pp. 370-371, exposant les critères et conceptions susceptibles d'être retenus pour la détermination de l'applicabilité directe des traités internationaux, et ce, dans l'objectif précis de savoir si la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail peut se voir reconnaître un caractère « auto-exécutoire » (*self executing*). Voir également, s'agissant de la même affaire : J. Duplat, « La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT », Avis Cass. soc. 29 mars 2006, *Dr. soc.* 2006, spéc. pp. 637-638.

³⁵⁵ Ainsi Madame Agnès Martinel a-t-elle pu indiquer, dans un rapport récent, que le concept de raisonnable « fait partie du « corpus juridique » de la Cour de cassation et plus spécialement de sa chambre sociale » (A. Martinel, « Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT », Rapport Cass. soc. 29 mars 2006, *RJS* 2006, p. 373). L'avo-cat général, dans cette affaire, le soulignera lui aussi : J. Duplat, « La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT », Avis Cass. soc. 29 mars 2006, *Dr. soc.* 2006, spéc. pp. 639-640.

Monsieur Jacques Duplat, dans l'un de ses avis publiés en 2005, lorsqu'il énonçait que l'évolution jurisprudentielle, en matière de prise d'acte de la rupture, avait été complétée par une règle, « frappée au coin du bon sens », que la Chambre sociale de la Cour de cassation a « posée dans plusieurs arrêts et qui peut être formulée ainsi : le contrat de travail ne peut être rompu deux fois, par deux personnes différentes sur le fondement de griefs différents »³⁵⁶.

Ces rapports et conclusions permettent de plonger au cœur du processus interne de formation de la jurisprudence. Quand bien même ces termes, dans leur version publiée, ne s'identifient pas à la mouture qui a circulé dans l'enceinte de la Cour de cassation, ils portent au moins les traces, les résonances, les reflets, des orientations et des options qui ont présidé à l'interprétation finalement consacrée par les hauts magistrats. C'est à ses éléments que le lecteur accède, au travers de ces discours. Les interprètes des arrêts de la Cour de cassation y découvriront de nombreuses clefs permettant de déceler sous la surface du texte de la décision rendue la substance, la profondeur, qui la sous-tend. Sa matérialité discursive.

Les rapports révéleront que le conseiller rapporteur en avait appelé à une évolution terminologique, mais que, le cas échéant, celle-ci n'a pas été retenue³⁵⁷, que l'interprétation consacrée par la Cour de cassation a été guidée par le souci, exprimé par le conseiller rapporteur, de précision, d'affiner une jurisprudence – ce qui était, par exemple, le cas de Monsieur Jean-Yves Frouin, s'agissant de la jurisprudence *Sietam*³⁵⁸. Ils révéleront que le rapporteur a suggéré d'ajouter une précision³⁵⁹, de poser ou d'affiner une définition³⁶⁰, d'énoncer un principe³⁶¹. Le rapport ou les conclusions permettront de cerner la portée du revirement³⁶² – notamment parce qu'ils en dévoilent les raisons³⁶³. Le conseiller rapporteur pointerà, identifiera, dans le cadre

³⁵⁶ J. Duplat, « Résiliation judiciaire du contrat de travail. *Demande reconventionnelle de l'employeur* », Avis Cass. soc. 29 juin 2005, *RJS* 2005, p. 674, se référant, notamment, à un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 janvier 2005. La formule utilisée dans cet arrêt était la suivante : « le contrat de travail étant rompu par la prise d'acte de la rupture émanant du salarié, peu importe la lettre envoyée postérieurement par l'employeur pour lui imputer cette rupture » (Cass. soc. 19 janv. 2005, *RJS* 2005, n° 254).

³⁵⁷ Voir, par ex. : A. Cœuret, « Unité économique et sociale. Les Hespérides », Rapport Cass. soc. 23 mai 2000, *RJS* 2000, p. 532, ainsi que p. 534, à propos de la notion d'*entités juridiquement distinctes*.

³⁵⁸ J.-Y. Frouin, « Licenciements pour motif économique. Fermeture d'établissement suivie de licenciements : consultation des représentants du personnel », Rapport Cass. soc. 17 juin 1997, *op. cit.*, p. 594. Voir aussi : Ph. Waquet, « La reprise d'un marché de prestations de service entraîne-t-elle l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ? », Rapport Cass. soc. 6 nov. 1991, *op. cit.*, affirmant que le cas d'espèce offre à la Chambre sociale l'occasion d'affiner sa pensée.

³⁵⁹ J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 585 : « nous pourrions reprendre la même règle [posée dans des arrêts antérieurs] en ajoutant qu'il n'y a pas lieu de distinguer pour son application entre un accord d'entreprise et un accord de branche » (ce que fera effectivement la Chambre sociale).

³⁶⁰ Voir, à propos de la notion de « décision sujette à consultation » : J.-Y. Frouin, « Comité d'entreprise.

Consultation sur la marché générale de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 12 nov. 1997, *RJS* 1997, spéc. p. 820.

³⁶¹ J.-Y. Frouin, « Le refus du salarié de se soumettre à une contre-visite médicale ou d'en restaurer les conclusions constitue-t-il une faute ? », Rapport Cass. soc. 10 oct. 1995, *op. cit.*, p. 986 : « on pourrait, dit-il, profiter de l'espèce qui nous est soumise (...) pour énoncer un principe commun selon lequel l'exercice du contrôle médical ne peut donner lieu qu'à privation des indemnités complémentaires de maladie ». Ce que fera la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt qu'elle rendra à l'occasion de cette espèce.

³⁶² Cf., par ex. : C. Barberot, « Désignation des délégués syndicaux. Preuve de l'existence d'une section syndicale dans les entreprises d'au moins cinquante salariés », Rapport Cass. soc. 27 mai 1997, *RJS* 1997, spéc. p. 506.

³⁶³ Voir, par ex. : J. Duplat, « Inaptitude d'origine non professionnelle », Conclusions Cass. soc. 26 nov. 2002, *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1102, spéc. pp. 7-8, lequel explicite les raisons invitant à reconnaître que l'employeur ayant méconnu son obligation de reclassement est tenu de verser au salarié licencié pour inaptitude d'origine non professionnelle l'indemnité de préavis. L'on relèvera d'ailleurs que la vertu explicative de ces conclusions était ici clairement exprimée dans les quelques phrases, rédigées par la rédaction de la revue, ayant pour objet de

de son rapport, les questions qui ne sont pas tranchées par l'arrêt, dès lors que la Cour n'avait pas à y répondre³⁶⁴.

Ces discours révéleront, par ailleurs, le cas échéant, en quoi a consisté le contrôle par la Cour de cassation de la motivation de la décision ayant fait l'objet d'un pourvoi. A cet égard, leur lecture fera apparaître que la Cour, tout en rejetant le pourvoi, a procédé par *substitution de motifs* – ce qu'il est parfois difficile d'identifier, en s'en tenant au seul examen de la décision rendue³⁶⁵. Parfois, ces discours révéleront que la Cour de cassation s'est volontairement abstenue de se prononcer sur certains aspects du pourvoi, en choisissant, en fait, de concentrer sa réponse sur un point particulier³⁶⁶. La consultation du rapport ou de l'avis témoignera du fait que les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont, apparemment, saisi l'occasion qui se présentait à eux pour énoncer une position de principe, qui se veut claire et de portée générale³⁶⁷. Il arrivera que ces discours portent trace du souci, et partant de la

présenter le document : « Explications du revirement et bilan de la jurisprudence sur l'inexécution du préavis du fait de l'employeur », était-il annoncé.

³⁶⁴ Cf. Ph. Waquet, « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », Rapport Cass. soc. 16 juin 1998, *Dr. soc.* 1998, pp. 805-806.

³⁶⁵ L'on peut citer, à titre d'illustration, l'arrêt *DNTR c/ Sté EPG et al.*, rendu en date du 11 janvier 2006 (*RJS* 2006, n° 377), où était en cause la responsabilité civile de deux organisations professionnelles représentant des travailleurs indépendants à l'occasion d'un conflit collectif. La Cour de cassation « réfute » le moyen de cassation en ces termes : « Mais attendu que, sans dénaturation, la cour d'appel a caractérisé le comportement fautif des associations professionnelles de transporteurs dont le mouvement ne constituait pas une grève au sens de l'article L. 521-1 du Code du travail » (souligné par nous). Sans doute les magistrats auraient-ils pu se passer, dans l'absolu, de cette incise sur la nature du mouvement en cause. A lire les conclusions publiées dans cette affaire, l'on découvre toutefois que la Cour d'appel avait, quant à elle, retenu la qualification de « grève », et que l'avocat général, jugeant cette qualification inopportune (s'agissant d'un conflit qui impliquait, non pas des salariés, mais des travailleurs indépendants), proposa de rejeter le pourvoi en procédant à une substitution de motifs : « je suis favorable au rejet du pourvoi, par motifs substitués », déclare-t-il *in fine* (J. Duplat, « Responsabilité civile des organisations professionnelles de transporteurs. Participation à un mouvement national », Avis Cass. soc. 11 janv. 2006, *RJS* 2006, p. 202, souligné par nous). Voir, également, entre autres : J-Y. Froin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 584.

³⁶⁶ L'on songe, en particulier, à l'arrêt *Syndicat CGT des personnels des APAS c/ APMT – BTP – RP et a.*, rendu en date du 27 octobre 2004 (Cass. soc. 27 oct. 2004, *RJS* 2005, n° 64), par lequel la Cour de cassation censura un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait déclaré valable un avenant de révision d'une convention collective conclu sans que le délai de préavis de révision prévu par cette convention ait été respecté. Le pourvoi – formé par la CGT – ne se limitait cependant pas à invoquer le non-respect du préavis requis en cas de révision, il comportait deux autres motifs. Le syndicat considérait, en effet, qu'il n'y avait pas eu de véritables négociations avec les organisations syndicales et que les syndicats n'avaient pas été régulièrement convoqués à la signature de cet avenant. La Haute juridiction ne se prononça cependant pas sur ces aspects, qui avaient, pourtant, été abordés par l'avocat général dans ses conclusions - ainsi qu'en témoigne la version *publiée* de son avis (J. Duplat, « Révision des conventions et accords collectifs. Procédure », Avis Cass. soc. 27 oct. 2004, *RJS* 2005, pp. 19-20). Le commentateur anonyme de cet arrêt proposé dans la *Revue de Jurisprudence Sociale* y verra une occasion manquée : « Si la Haute Cour a donné sur ce point particulier une réponse précise, on peut toutefois regretter qu'elle ne se soit pas prononcée sur les autres aspects évoqués dans le pourvoi et repris dans l'avis de l'avocat général (...). Ce qui aurait permis d'apporter de précieuses clarifications sur la régularité des procédures de révision des conventions et accords collectifs » (Obs. sous Cass. soc. 27 oct. 2004, *RJS* 2005, n° 64, p. 58).

³⁶⁷ « La présente affaire est l'occasion d'affirmer en clair une position de principe de portée générale en faveur du cumul des deux indemnités, dès lors que le salarié obtient le bénéfice d'une requalification des contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée », indiquait Monsieur Jacques Duplat, dans les conclusions qui publia dans l'affaire *Lopes c/ Sté Matrax* (J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 429). Son appel sera entendu, puisque les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation retiendront dans leur arrêt la formule suivante : « il résulte des dispositions des articles L 124-4-4 et L 124-7 du Code du travail que le salarié intérimaire, qui a obtenu la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, peut prétendre à une indemnité de préavis qui s'ajoute à l'indemnité de précarité » (Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, n° 689, 1^{ère} esp.).

volonté, de fixer une interprétation claire des textes légaux³⁶⁸. Le rapport fournira, au besoin, des indications précises sur le processus qui a conduit la Cour à procéder, au terme d'un certain cheminement, à un revirement de jurisprudence³⁶⁹. Ces discours révéleront que les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas été insensibles à la résistance qu'ont pu opposée à leur jurisprudence un certain nombre de juridictions du fond, ce facteur ayant été de nature à légitimer, au moins partiellement, l'abandon de cette jurisprudence³⁷⁰.

Les discours judiciaires dits « internes » ouvrent, par ailleurs, à la possibilité de comprendre la façon dont les magistrats ont entendu exercer leur fonction normative. Arrêtons-nous sur cette dimension Les conclusions produites par Monsieur l'avocat général Jacques Duplat dans les trois affaires qui aboutiront aux importants arrêts du 30 mars 2005, par lesquels la Chambre sociale a entendu clarifier la distinction entre la période d'essai (intervenant au début du contrat) et la période probatoire (intervenant en cours de contrat), d'une part, et revenir sur la jurisprudence qui admettait que les parties au contrat puissent, en cas de changement de fonctions, valablement convenir d'une période d'essai dans le cadre de leurs rapports contractuels, d'autre part, en fournissent, à notre sens, une illustration remarquable³⁷¹.

3. La mise au jour du processus rationnel de la décision

Accueillies dans les colonnes de la *Semaine sociale Lamy*, datée du 11 avril 2005, sous le titre « La moralisation de la période d'essai »³⁷², les conclusions de Monsieur Duplat semblent dévoiler le *processus rationnel* qui conduisit la Chambre sociale de la Cour de cassation à rendre ces trois arrêts. Au commencement, vient la décision – l'on pourrait dire le choix – de se saisir de (et, en amont, de regrouper) ces trois affaires, pour « parachever » l'édifice jurisprudentiel relatif à la période d'essai³⁷³. Ces affaires, estime le magistrat, donnent, en effet, à la Chambre sociale l'occasion de « distinguer clairement le régime juridique de l'essai probatoire lié à une promotion au cours de l'exécution du contrat de travail de la période d'essai au début du contrat – ces deux notions ayant parfois fait l'objet d'une confusion tant en doctrine qu'en jurisprudence –, et d'étendre [cette] réflexion au régime de l'essai prévu par le second contrat lorsque deux contrats de travail ont été conclus entre les mêmes parties »³⁷⁴.

³⁶⁸ C'est ainsi par exemple que, dans l'un de ses rapports publiés, dont les préconisations furent, en tous points, suivies par la Chambre sociale de la Cour de cassation, Madame Agnès Martinel annonçait d'entrée de jeu : « il convient, afin d'assurer une certaine sécurité juridique, de donner une interprétation claire et précise des textes actuels sur le travail intérimaire issus de la loi du 12 juillet 1990 » (A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (deux arrêts), *RJS* 2004, p. 194).

³⁶⁹ Par ex. : N. Auroy, « L'étendue de l'indemnisation forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1 », Rapport Cass. soc. 12 janv. 2006 (huit arrêts), *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1245, pp. 12-13.

³⁷⁰ Voir, par ex. : J-P. Collomp, « Maladie. La règle du maintien de salaire est aménagée », Avis Cass. soc. 15 déc. 2004 (6 arrêts), *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1196, spéc. p. 14, qui relève que les éléments de solution qu'il préconise supposent l'abandon de la jurisprudence antérieure de la Chambre sociale de la Cour de cassation, mais vont, écrit-il, « dans le sens d'un certain nombre de décisions de cours d'appel, parmi lesquelles – outre l'arrêt de la Cour de Lyon que vous jugez aujourd'hui – un arrêt de la Cour de Riom du 21 mai 2002 et un arrêt de la Cour de Bourges du 4 juin 2004 rendu sur renvoi après cassation ».

³⁷¹ J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1210, pp. 5-10.

³⁷² Cass. soc. 30 mars 2005, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1210, p. 11 (extraits).

³⁷³ S'adressant aux conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'avocat général déclare d'emblée : « Les trois affaires soumises à votre examen sont l'occasion de parachever votre édifice jurisprudentiel » relatif à la période d'essai (J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », *op. cit.*, p. 5).

³⁷⁴ *Ibid.*

Autrement dit, de *clarifier la position – et, partant, de préciser la doctrine – de la Cour de cassation sur ces sujets.*

Pour ce faire, Monsieur Jacques Duplat invite les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation à rappeler « deux principes simples » déjà consacrés en jurisprudence et à s'interroger ensuite « sur la nature de l'essai prévu dans le second contrat dans le cadre de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties pour pourvoir un emploi différent »³⁷⁵. Le premier principe est que *le début du contrat est le seul moment licite de l'essai*³⁷⁶. Ce principe³⁷⁷, dont l'avocat général souligne qu'il trouve sa justification dans deux arguments textuels³⁷⁸, mériterait, selon lui, d'être réaffirmé par la Chambre sociale – ce qui permettrait de corriger le raisonnement, jugé peu satisfaisant, qu'elle avait tenu dans deux précédentes décisions³⁷⁹. Quant au deuxième principe, il apparaît comme « la conséquence logique du principe de l'unicité de l'essai au début du contrat »³⁸⁰ : *il est impossible de stipuler un deuxième essai en cours de contrat, seule une période probatoire pouvant alors être instituée*³⁸¹. Etant précisé que dans une telle hypothèse, si la période se révèle non concluante³⁸², l'employeur est fondé à y mettre fin, mais le salarié doit être juridiquement replacé dans sa situation antérieure³⁸³. L'on ne peut que constater le rapport d'inférence

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Et « son corollaire », à savoir que « la simple modification du contrat, et notamment un simple changement de fonctions, est exclusive de toute période d'essai » (*Ibid.*, se référant, expressément, à l'analyse défendue par Madame Nathalie Bataille-Nevejans, dans son article, intitulé « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », qui avait été publié, en avril 2004, dans *Droit social*).

³⁷⁸ « Deux arguments de texte plaident en faveur de l'unicité de l'essai au début du contrat », affirme l'avocat général. *Premier argument* : « l'article L. 122-4, alinéa 2, écarte l'application des règles relatives au licenciement pendant « la » période d'essai ». Il s'en déduirait qu'une seule période d'essai est autorisée : « Si un nouvel essai avait été possible après l'essai initial, le texte aurait prévu un article indéfini ou le pluriel » (*Ibid.*, p. 7). *Second argument* : « l'article L. 122-14-7, alinéa 2, du Code du travail interdit aux parties de renoncer par avance de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement » (*Ibid.*). Ayant rappelé que c'est en invoquant l'article L. 122-14-7, alinéa 2, du Code du travail que la Chambre sociale de la Cour de cassation avait, dans son arrêt *Boydron* du 25 février 1997, justifié le principe que la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et qu'il est impossible de stipuler des périodes d'essai différées, Monsieur Duplat s'empresse, pour conforter cette analyse, d'ajouter : « Cette opinion est d'ailleurs unanimement partagée par la doctrine (G. Poulain, « La période d'essai », *JCl 30 10*, n° 50 ; G. Couturier « *Droit du Travail* », PUF, Tome I, n° 737 ; J.-Y. Frouin, « *Licéité et existence de la période d'essai* », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1995, n° 72) » (*Ibid.*).

³⁷⁹ L'avocat général vise, à cet égard, à deux arrêts du 28 juin 2000 (Cass. soc. 28 juin 2000, n°s 98-43.835 et 98-45.349), qui, « curieusement », bien qu'en réaffirmant ce principe dans l'hypothèse de périodes d'essai stipulées postérieurement au commencement de l'exécution du contrat, imputaient néanmoins « sur la durée du travail déjà exécutée la période d'essai qui était plus courte, alors qu'elles auraient pu l'invalider en la déclarant illicite au seul motif que la période d'essai avait été imposée au cours du contrat de travail ». Une telle solution, déclarait-il, « n'est pas pleinement satisfaisante, car elle est susceptible, sauf cas de fraude manifeste, de permettre à l'employeur d'imposer une période d'essai supérieure au temps travaillé et d'invoquer ensuite cette clause pour mettre fin au contrat » (*Ibid.*).

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Si elle se révèle, tout au contraire, satisfaisante, le salarié réalise normalement sa promotion professionnelle et l'exécution du contrat de travail se poursuit selon les modalités propres à son nouveau poste de travail.

³⁸³ Ce n'est, indique Monsieur Duplat, que dans l'hypothèse où l'employeur ne serait plus en mesure de réaffecter le salarié à ses anciennes fonctions que « le contrat pourra être rompu, l'impossibilité de continuer à utiliser les services du salarié pouvant constituer, sauf fraude, un motif légitime de rupture, à la condition toutefois que l'employeur respecte l'ensemble des règles relatives au licenciement » (J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », *op. cit.*, p. 7). En revanche, précise-t-il, si l'employeur peut réaffecter le salarié dans ses anciennes fonctions, « l'échec de la période probatoire ne peut lui donner un motif légitime de rupture (...) » (*Ibid.*). Une telle solution, que l'avocat général qualifie de « juridiquement orthodoxe », présenterait, en outre, suivant sa propre formule, « l'avantage de s'inscrire philosophiquement dans la logique de

logique entre le « noyau dur » de ces deux propositions ou principes : c'est *parce qu'*une période d'essai ne peut être intervenir qu'au début du contrat, qu'une telle période ne peut être instituée en cours de contrat³⁸⁴. Ce sont ces deux principes qui, ainsi combinés, conduiront à la censure de la première des trois affaires soumises à l'examen de la Cour de cassation, le pourvoi soutenant, à juste titre, l'existence d'une relation contractuelle unique (dès lors qu'il n'y avait eu aucune rupture dans les relations de travail et que les derniers contrats constituaient en réalité des avenants au premier contrat). Les deux autres affaires invitaient cependant la Chambre sociale à trancher une question qui, juridiquement, se présente de façon différente : la solution peut-elle être différente, et l'essai est-il licite, comme le soutenaient les pourvois des employeurs, lorsque la promotion sur le second emploi est réalisée par la succession de deux contrats de travail ?

Les employeurs invoquant au soutien de leurs pourvois, dans ces deux affaires, une série d'arrêts non publiés de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui avaient admis que les parties au contrat de travail pouvaient valablement « convenir d'une période d'essai dans le cadre d'une novation de leurs rapports contractuels »³⁸⁵, c'est la question du maintien ou, au contraire, de l'infléchissement de cette jurisprudence, que va poser l'avocat général à ce stade précis. « L'occasion vous est donc donnée, par ces deux affaires, de réfléchir à la pertinence de cette jurisprudence, contestée par une partie de la doctrine, au regard de sa compatibilité avec les deux principes non contestés que je viens d'évoquer »³⁸⁶, indique le magistrat. Pour préparer la réflexion des conseillers de la Chambre sociale, Monsieur Duplat prendra soin, au préalable, de rappeler comment la jurisprudence a assuré la transposition de la novation du droit civil au droit du travail³⁸⁷. Puis il examinera les critiques et les réserves que cette jurisprudence suscite, « au regard des principes fondamentaux du droit du travail en cause »³⁸⁸. L'avocat général propose alors de prendre du recul, en examinant de près les opinions qui ont pu être exprimées en doctrine, au sujet de l'admission par la jurisprudence d'une période d'essai en cas de novation des relations contractuelles.

Soucieux de rendre compte de la diversité des points de vue émis par les différents auteurs qui se sont, au cours des dernières années, penchés sur la question, le magistrat va néanmoins s'attacher à dégager une tendance générale au sein de la doctrine. « Si certains auteurs

« l'entreprise formatrice » », et d'éviter que le risque final de l'échec d'une promotion repose sur le seul salarié (*Ibid.*).

³⁸⁴ Le choix d'admettre l'existence d'une « période probatoire » ne procédant pas, quant à lui, d'un raisonnement *déductif*, à proprement parler.

³⁸⁵ Dans un premier temps, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirmait, en effet, que « quelle que soit la nature des liens juridiques ayant existé entre les parties à la date de la signature de l'engagement à durée indéterminée, il ne leur était pas légalement interdit de convenir d'une période d'essai dans le cadre d'une novation de leurs rapports contractuels » (par ex. : Cass. soc. 28 juin 1989, pourvoi n° 86-41.188 ; Cass. soc. 17 mars 1993, pourvoi n° 89-45.508). La formule évolua quelque peu, dans un second temps, sans que la solution s'en trouve substantiellement modifiée. Deux arrêts, respectivement rendus en 2000 et 2002, énonceront ainsi « qu'en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat n'est licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat » (Cass. soc. 11 déc. 2002, n° 01-40.440 ; et, précédemment, Cass. soc. 30 oct. 2000, pourvoi n° 98-44.994).

³⁸⁶ J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », *op. cit.*, p. 8.

³⁸⁷ En exigeant, dans ses premiers arrêts, que soient confiées au salarié des fonctions ou des responsabilités nouvelles plus importantes, puis en se contentant, dans des arrêts postérieurs, de conditionner la validité de la période d'essai par l'existence d'un second contrat conclu pour pourvoir un emploi « distinct » ou « différent » (sans qu'il s'inscrive nécessairement dans le cadre d'une promotion), ces exigences respectives ayant vocation à traduire la condition de « nouvelle dette » posée par l'article 1271 du Code civil. Sur tous ces points, voir : J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 9.

(notamment *G. Poulain*, « *La période d'essai* », *JCl 17-16*) estiment que rien ne s'oppose à l'instauration d'une nouvelle période d'essai en cas de novation du contrat de travail, la doctrine, d'une manière générale, se montre neutre ou réservée à l'égard de l'institution d'une période d'essai dans le cadre d'une novation du contrat de travail en ne lui reconnaissant toutefois qu'une portée limitée, dans la mesure où elle ne peut se concevoir que dans le cadre d'un changement « radical » (*J.-Y. Frouin*, [« *Licéité et existence de la période d'essai* », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1995, n° 72]), « total » (*F. Henot*, « *Modification du contrat et changement des conditions de travail* », *JCl 19-40*) ou « suffisamment important » (*D. Corrigan-Carsin*, « *La période d'essai* », *RJS 1995*, 551) dans les relations contractuelles », écrit-il³⁸⁹. « *Mme Bataille-Nevejans* (...) admet, pour sa part, [dans son étude sur « *La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles* » (*Dr. soc. 2004*, 335)], qu'on puisse considérer que le mécanisme de la novation est inapplicable en droit du travail, mais elle se prononce néanmoins en faveur de la validité de la clause relative à l'essai dans le second contrat, au nom de l'autonomie de la volonté du salarié, qui a la liberté de refuser »³⁹⁰. Enfin, ajoute-t-il, « d'autres auteurs, tels *M. Mouly* (...) ont, en revanche, clairement pris position contre la possibilité de stipuler une nouvelle période d'essai dans le cadre d'une novation »³⁹¹. L'opinion du Professeur Jean Mouly va particulièrement retenir l'attention de l'avocat général, lequel va s'attacher à rendre compte des objections auxquelles se heurte, aux yeux de cet auteur, la transposition de la technique (civiliste) de la novation en droit du travail³⁹², et des critiques auxquelles s'exposent, selon lui, la jurisprudence qui l'a consacrée³⁹³. *Et c'est en partant de cette analyse doctrinale, singulièrement critique à l'encontre de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, que Monsieur Jacques Duplat va poser la question de l'opportunité, pour cette dernière, d'infléchir sa jurisprudence en la matière*³⁹⁴.

Mettant en doute l'aptitude de la solution jurisprudentielle, qui prévalait jusque là, à véritablement déjouer les montages contractuels de certains employeurs³⁹⁵, visant à faire de l'essai « un instrument de gestion sans risque des compétences disponibles dans l'entreprise »³⁹⁶,

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² « Pour l'essentiel, [le Professeur Jean Mouly] soutient que la novation du contrat de travail, à travers l'exemple de la rupture de la période d'essai prévue par le second contrat, est présentée comme l'illustration du conflit entre le droit civil et le droit du travail, dans la mesure où le principe de l'égalité des parties contractantes, qui constitue un des piliers du droit civil, a les plus grandes difficultés à s'accorder avec les rapports de travail qui sont fondamentalement inégalitaires et avec les principes qui régissent le droit du travail, qui est essentiellement un droit de protection.

Ainsi, par la technique de la novation, le salarié est conduit, sans réciprocité des concessions, à renoncer, par l'effet extinctif de la novation, aux droits actuels et futurs attachés par la loi au premier contrat, que les deux parties entendent éteindre par l'opération.

Notamment, la novation peut permettre de contourner toutes les dispositions impératives relatives à l'ancienneté et au licenciement, qui sont d'ordre public » (*Ibid.*).

³⁹³ « *M. Mouly* observe, non sans pertinence, dans sa note au *D 1997*, p. 428, que cette jurisprudence consacre « un paradoxe surprenant en condamnant la renonciation provisoire et limitée du salarié à ses droits pendant la période d'essai, mais en validant sa renonciation totale et définitive à ceux nés du contrat antérieur » (*Ibid.*).

³⁹⁴ « Au regard de ces dernières objections doctrinales, faut-il vous orienter vers un infléchissement de votre jurisprudence ? », interroge-t-il (*Ibid.*).

³⁹⁵ « Il est permis de se demander si les garanties résultant de la fraude, parfois difficile à prouver, et de la possible requalification des contrats successifs en une relation contractuelle unique sont des garanties suffisantes pour déjouer les montages contractuels ayant pour effet de permettre à l'employeur, qui a pris la décision de promouvoir un salarié sur un emploi différent, d'éviter d'assumer le risque de l'incompétence du salarié dans son nouvel emploi » (*Ibid.*).

³⁹⁶ *Ibid.*

Monsieur Duplat va inciter les conseillers de la Chambre sociale à modifier leur jurisprudence, en soutenant qu'il convient d'apporter la même réponse en cas de contrats de travail successifs³⁹⁷ qu'en cas de promotion en cours de contrat, à savoir la faculté d'instituer, non pas un nouvel essai, mais une période probatoire dans le second contrat, période dont la rupture a pour conséquence de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures. Car une telle solution, d'après lui, présente le mérite, non seulement d'unifier les règles juridiques applicables dans ces deux hypothèses et d'éviter que l'employeur ne fasse assumer par le seul salarié le risque de son éventuelle erreur d'appréciation sur sa compétence à occuper ce nouvel emploi, mais également de *concilier* le souhait légitime de l'employeur de tester les capacités du salarié dans les nouvelles fonctions et la possibilité pour le salarié de conserver le bénéfice de ses droits acquis au titre du premier contrat, et, éventuellement, de les faire valoir en justice³⁹⁸. Il faut croire que ces raisons auront convaincu les hauts magistrats, puisque la Chambre sociale suivra en définitive la ligne tracée par l'avocat général et acceptera d'infléchir sa jurisprudence sur ce point³⁹⁹.

Telles étaient les principales étapes du cheminement que suit la pensée de Monsieur Jacques Duplat, selon la transcription qu'en donnent les conclusions qu'il rendit dans ces trois affaires. Cette illustration apparaît tout à fait *exemplaire, envisagée sous l'angle de ce qu'elle révèle du processus d'élaboration et d'évolution de la jurisprudence*.

Elle permet d'abord de comprendre que le regroupement d'affaires soulevant des questions voisines ou connexes – ce qui correspond à la pratique actuelle des audiences thématiques – est de nature à favoriser l'accomplissement par la Cour de cassation de sa mission normative, dans la mesure où les questions posées par les pourvois font l'objet d'une appréhension et d'une analyse globale, qui permet aux magistrats, au besoin, de clarifier, affiner ou modifier leur jurisprudence.

Elle témoigne, ensuite, et surtout, du jeu de « contraintes », et, plus fondamentalement, du dialogisme, qui marquent et caractérisent l'œuvre jurisprudentielle. Le phénomène, dans le cas que nous venons d'examiner, y apparaît de façon éclatante. L'on peut reconstruire le raisonnement de l'avocat général (auquel, rappelons-le, a, semble-t-il, souscrit la Chambre sociale, dès lors que ses préconisations ont été suivies par cette dernière) de la manière suivante. Il y avait, tout d'abord, une jurisprudence qui, sur la base de deux dispositions issues du Code du travail (l'article L. 122-4, alinéa 2 et l'article L. 122-14-7, alinéa 2), avait implicitement consacré les deux principes que présente le magistrat, dans la première partie de ses conclusions. Ces principes (qui sont intimement liés, le second pouvant, dans son principe, être déduit du premier) méritaient d'être rappelés, afin de réaffirmer et clarifier la doctrine de la Chambre sociale sur les points concernés, en dissipant, par la même occasion, les interrogations que pouvaient soulever quelques arrêts récents. La réaffirmation solennelle de ces principes conduisait toutefois, dès lors que le problème était soulevé par deux des pourvois examinés, à poser la question de savoir si la solution qu'ils induisaient, lors d'un changement de fonctions lié à une promotion, dans le cas d'une relation contractuelle unique ne pouvait – ou ne devait – pas être étendue à l'hypothèse où deux contrats de travail sont successivement conclus entre les parties. Or, il se

³⁹⁷ Dès lors du moins que ces contrats s'inscrivent dans une même relation de travail et se sont succédés, de façon ininterrompue, sous la subordination du même employeur.

³⁹⁸ Voir : J. Duplat, « La moralisation de la période d'essai », *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁹ Dans les deux affaires concernées, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirmera ainsi « qu'en présence de deux contrats de travail successifs entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat conclu à l'occasion d'un changement de fonction du salarié, ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures » (Cass. soc. 30 mars 2005, préc., pourvois n^{os} 02-46.338 et 03-41.797).

trouve que la jurisprudence applicable, qui excluait un tel rapprochement entre ces situations, était vigoureusement contestée en doctrine, pour des raisons que l'avocat général jugera pertinentes et convaincantes. Et c'est après avoir, en quelque sorte, vérifié que l'option, consistant à revenir sur la jurisprudence antérieure, débouchait sur une solution équilibrée, au regard des intérêts respectifs de l'employeur et du salarié, que Monsieur Jacques Duplat conclura à la nécessité d'infléchir la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur ce point.

La dimension dialogique transparait, de la sorte, ici sous plusieurs visages. D'abord au travers de la relation *entre la loi et la jurisprudence*, puisque les principes que rappellent l'avocat général et la Cour de cassation trouvent leur ancrage dans les textes légaux se rapportant au même objet⁴⁰⁰. Ensuite au travers de la relation entre plusieurs décisions, en l'occurrence *entre les arrêts rendus antérieurement par la Chambre sociale et les arrêts qu'elle est amenée à rendre à l'occasion de ces trois affaires*, puisque les arrêts du 30 mars 2005 interviennent également comme des réponses, voire des amendements, de portée plus ou moins importants, apportés à des décisions précédentes. Enfin au travers de la relation, la liaison, *entre doctrine et jurisprudence*, puisque c'est dans les analyses doctrinales que l'avocat général puise, en particulier, la substance des objections et des critiques auxquelles s'exposait, jusque là, la jurisprudence relative à la possibilité d'instituer une période d'essai en cas de novation du contrat de travail, et dont il semble tirer en quelque sorte la légitimité d'un infléchissement de la jurisprudence en la matière. Ces trois dimensions laissent, en conséquence, entrevoir que *le principe dialogique préside – au moins potentiellement – à l'exercice même, par la Cour de cassation, de sa mission normative, et donc, à la constitution de la jurisprudence*.

Passons à un autre aspect : celui de la « problématique » de l'interprétation – cette dimension que les arrêts, en tant que tels, ne dévoilent jamais véritablement.

4. Le dévoilement de la « problématique » de l'interprétation

Les rapports et conclusions donnaient à voir une représentation de l'activité d'interprétation, tout à la fois en adéquation avec le modèle interprétatif contemporain et en opposition avec la conception qui continue à inspirer le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation. Il en découle que ces discours judiciaires contribuent à lever le voile sur les options entre lesquelles les magistrats devront nécessairement choisir, ainsi que sur les orientations, dont procédera en définitive leur choix ou leur décision. Ils dévoilent, au fond, la « problématique » que la forme syllogisme des arrêts tend à camoufler⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Ou à un objet connexe.

⁴⁰¹ Le rapport ou l'avis met, le cas échéant, en exergue l'alternative qui se présentait à la Cour de cassation et que celle-ci a tranchée, sans que l'arrêt ne comporte la moindre trace de cette alternative, faisant ainsi apparaître l'alternative entre les options susceptibles d'être retenues, que l'arrêt passe, quant à lui, sous silence. Pour un exemple tiré des conclusions d'un avocat général, voir : J. Duplat, « Action en restitution de prélèvements indus sur salaire. Prescription », Avis Cass. soc. 2 déc. 2003, *RJS* 2004, spéc. pp. 116-117, qui, s'agissant du fondement juridique de l'action en restitution des cotisations patronales et de ses conséquences en matière de prescription, estime que deux fondements sont possibles, cette action pouvant être considérée soit comme une action en rappel d'éléments de salaire, soit comme une action en nullité de la convention conclue en violation des dispositions de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale – sans d'ailleurs trancher entre ces deux options, dès lors que ces deux fondements impliquent que l'action soit soumise à la prescription quinquennale. La Chambre sociale optera, en définitive, en faveur de la qualification de l'action en rappel de salaire (Cass. soc. 2 déc. 2003, *RJS* 2004, n° 209, p. 144 : « l'action des salariés, tendant au paiement de sommes qui n'auraient pas dû être déduites de leur salaire, a la nature d'une action en rappel de salaire »).

En ce sens, *les rapports et les conclusions sont le dévoilement des alternatives que fait naître un problème interprétatif – ou, plus généralement, une question d’ordre normatif – et de la conception qui conduit à opter en faveur de l’une des thèses en concurrence. Et c’est justement parce qu’ils livrent, ou plutôt délivrent, cette « problématique » qu’ils contribuent, dans le même temps, à introduire, dans l’espace public de discussion, des aspects dont les arrêts ne portent pas trace.*

Nombreuses sont les combinaisons d’arrêts et de rapports ou conclusions publiés qui illustrent cette dimension de dévoilement. Nous nous contenterons ici d’un exemple : celui donné par le rapport publié en 2004, dans la *Revue de Jurisprudence Sociale*, par Madame Agnès Martinel, sous le titre « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l’activité de l’entreprise »⁴⁰².

Ce rapport a trait à deux affaires, qui donnèrent l’occasion à la Chambre sociale de la Cour de cassation de prendre position sur la notion d’accroissement temporaire d’activité autorisant le recours au contrat de travail temporaire, et plus spécialement de trancher la question de savoir si le surcroît d’activité doit⁴⁰³ correspondre à une augmentation inhabituelle du volume de l’activité de l’entreprise, par rapport à son rythme normal, ou s’il peut s’identifier à un accroissement cyclique de l’activité – même le cas échéant si le cycle est régulier⁴⁰⁴. Était ainsi en cause l’interprétation des deux dispositions principales du Code du travail qui régissent le recours au travail temporaire, à savoir, *d’une part*, l’article L. 124-2 qui énonce, dans son premier alinéa, que le « contrat de travail temporaire, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise utilisatrice », et, dans son second alinéa, qu’un « utilisateur ne peut faire appel aux salariés des entreprises de travail temporaire (...) que pour l’exécution d’une tâche précise et temporaire dénommée « mission », et seulement dans les cas énumérés à l’article L. 124-2-1 », et, *d’autre part*, l’article L. 124-2-1, lequel dispose qu’un utilisateur « ne peut faire appel aux salariés des entreprises de travail temporaire mentionnées à l’article L. 141-1 que pour des tâches non durables dénommées « missions » au sens du présent chapitre », et vise, parmi les cas de recours autorisés, l’hypothèse de l’accroissement temporaire de l’activité de l’entreprise. Pour s’en tenir aux éléments directement utiles à notre analyse, on se bornera à préciser que les Cours d’appel avaient, dans ces affaires, requalifié les contrats de mission des salariés en contrat à durée indéterminée, en se fondant sur le principe général d’interdiction de pourvoir durablement un emploi lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise⁴⁰⁵, et que les pourvois, formés contre ces décisions, invitaient la Cour de cassation à expliciter ce principe général et à préciser la notion d’accroissement temporaire de l’activité de l’entreprise. Aux dires du conseiller rapporteur, les moyens invoqués à l’appui de ces pourvois posaient, en effet, essentiellement deux questions : « comment définir et déterminer l’accroissement temporaire de l’activité de l’entreprise qui permet le recours au travail temporaire aux termes de l’article L 124-2-1, 2°

⁴⁰² A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l’activité de l’entreprise », Rapport Cass. soc. 21 janv. 2004 (deux arrêts), *RJS* 2004, p. 194. L’on relèvera, à titre purement indicatif, qu’une première note de bas de page précisait que cette publication ne reprenait, en réalité, que des extraits du rapport produit originellement par Madame Martinel au sein de la Cour de cassation.

⁴⁰³ Lorsque les contrats de mission sont motivés par l’accroissement temporaire d’activité.

⁴⁰⁴ Tel était le cas dans ces deux espèces.

⁴⁰⁵ La Cour d’appel de Nancy avaient requalifié les contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée en retenant que les différents contrats de mission des salariés s’inscrivaient dans un accroissement durable du volume de production. La Cour d’appel de Toulouse avait, quant à elle, adopté la même solution, en considérant que les différents contrats de mission du salarié, échelonnés sur une période d’utilisation de près de quatre ans et demi, étaient liés à l’accroissement durable de l’activité de l’entreprise, et qu’il y avait identité d’emploi découlant des postes successivement occupés par le salarié.

du Code du travail », d'une part, et « comment s'articule ce cas de recours avec le principe général d'interdiction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise prévu à l'article L 124-2 du même Code ? », d'autre part⁴⁰⁶. La réfutation de ces moyens – et le rejet de ces pourvois – amènera la Chambre sociale de la Cour de cassation à formuler la proposition normative suivante, qui, seule, méritera ici de retenir notre attention : « Mais attendu qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 124-2 du Code du travail, le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice ; que selon le second alinéa de ce texte, un utilisateur ne peut faire appel à des salariés intérimaires que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire dénommée « mission », et seulement dans les cas énumérés à l'article L. 124-2-1, et notamment en cas d'accroissement temporaire d'activité ; qu'il en résulte que, dans ce dernier cas, le recours à des salariés intérimaires ne peut être autorisé que pour les besoins d'une ou plusieurs tâches résultant du seul accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, notamment en cas de variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire ni que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même de ces tâches »⁴⁰⁷.

En tant que telle, cette proposition normative marque, *en premier lieu*, une interprétation consistant à appréhender l'article L. 122-4 comme étant porteur de principes, que l'article L. 124-2-1, envisagé comme une sorte de satellite du premier, viendrait concrétiser, par une liste limitative des cas autorisant le recours au contrat de travail temporaire. Interprétation, dont il se déduirait, *en second lieu*, que l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise mentionné par l'article L. 124-2-1 autorise le recours au contrat de travail temporaire « en cas de variations cycliques de production », sans qu'il soit nécessaire, en particulier, que cet accroissement présente un caractère « exceptionnel ». Ce qui frappe l'esprit, lorsqu'on se focalise sur le raisonnement des magistrats (tel qu'il est présenté ou restitué dans chacun des arrêts) et que l'on adopte une perspective analytique critique, c'est, non seulement que le choix d'articuler les textes en cause suivant une combinaison particulière se trouve occulté (au profit d'une présentation laissant supposer que cette articulation découle de la rédaction de ces textes), mais aussi et surtout que la conception, plutôt extensive, que consacre la Cour, s'agissant de la notion d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise susceptible d'autoriser le recours au travail temporaire, est présentée comme une implication logique (« il en résulte que (...) ») de l'interprétation effectuée en amont. Et ce, alors même que l'on ne voit pas très bien en quoi les deux parties que lie cette proposition normative sont liées par un rapport d'inférence logique. *Il est, de la sorte, manifeste que des rouages essentiels du raisonnement tenu par la Cour, et peut-être même des bifurcations au sein de ce raisonnement, font, ici, défaut.* C'est bien ce que confirme la lecture (des extraits) du rapport publié par Madame Agnès Martinel.

Après avoir exposé l'évolution de la législation française sur le travail temporaire⁴⁰⁸, et présenté des éléments de doctrine et de jurisprudence se rapportant au principe consacré par l'article L. 124-2 ainsi qu'à la notion d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise⁴⁰⁹, Madame Martinel s'emploie, dans la troisième partie de son rapport, à dégager

⁴⁰⁶ A. Martinel, « Travail temporaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 194.

⁴⁰⁷ Cass. soc. 21 janv. 2004 (2 esp.), *RJS* 2004, n° 352.

⁴⁰⁸ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, pp. 194-196 (« I. L'évolution législative »).

⁴⁰⁹ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, pp. 196-198 (« II. Éléments de doctrine et de jurisprudence »).

des éléments de solutions permettant à la Chambre sociale de la Cour de cassation de répondre, notamment, aux deux principales questions que posent les pourvois formés contre les arrêts des Cours d'appel de Nancy et de Toulouse⁴¹⁰. Pour ce faire, deux problèmes vont être, successivement, abordés : la question de l'articulation des articles L. 124-2 et L. 124-2-1, qui implique de déterminer si l'accroissement temporaire d'activité constitue une exception au principe posé par l'article L. 124-2 ou si, au contraire, elle n'est qu'une simple application de ce principe, et – dans l'hypothèse où la seconde option est retenue – la question de la détermination des critères à adopter pour la définition de l'accroissement temporaire d'activité. Ce sont là les deux questions que l'on retrouvera au cœur du principe que posera la Cour de cassation dans ses arrêts. Simplement, là où les arrêts s'en tiennent à consacrer une réponse, le rapport du conseiller rapporteur dévoile les problèmes, ouvre la discussion, et confronte, au besoin, les alternatives envisageables, comme nous allons le vérifier.

Abordant la question de savoir si l'hypothèse de l'accroissement temporaire d'activité constitue une exception ou, au contraire, une application du principe général d'interdiction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, le conseiller rapporteur souligne d'emblée que la réponse revêt une importance capitale : « ou bien il s'agit d'une exception et le principe général d'interdiction ne s'applique pas, ou bien il s'agit d'une application de ce principe général et le contrat de travail temporaire conclu au motif d'un accroissement temporaire de l'activité ne pourra pas avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise »⁴¹¹. L'alternative, qui est ainsi exprimée par Madame Martinel, signifie donc, au plan de l'interprétation des textes concernés, *soit* une autonomie relative de ces textes l'un par rapport à l'autre, *soit* une nécessaire combinaison entre eux – chaque option étant susceptible d'orienter dans une direction spécifique l'approche qui peut être faite de la notion d'accroissement temporaire de l'activité, comme cas de recours au contrat de travail temporaire.

Cette *alternative*, loin d'être camouflée ou occultée, est, ici, clairement mise sur la table, de même que les arguments *pro* et, éventuellement, *contra* qui se rapportent à chacune de ses branches. En faveur de la première thèse (*l'accroissement temporaire envisagé comme exception du principe général d'interdiction*), deux arguments pourraient être avancés, estime Madame Martinel : l'on pourrait, d'une part, « soulever que la liste des cas de recours est insérée dans un article particulier distinct de celui énonçant le principe général », et, d'autre part, soutenir « que cette liste des cas de recours a certainement vocation à s'opposer au principe général »⁴¹². Mais, ajoute-t-elle, à cette solution, « certains objecteront cependant que les cas de recours posés par l'article L 124-2-1 du Code du travail, s'ils étaient considérés comme des exceptions, videraient de l'essentiel de son contenu le texte de l'article L 124-2 qui édicte le principe général »⁴¹³. En faveur de la seconde thèse (*l'accroissement temporaire envisagé comme application du principe général d'interdiction*), deux arguments sont invoqués. Le premier réside dans la référence à la *volonté du législateur* qui, en 1990, s'est attaché à « rétablir un équilibre entre les législations successivement intervenues »⁴¹⁴, comme en témoigne le choix fait à cette époque de juxtaposer au principe général d'interdiction qu'avait créé l'ordonnance 86-948 du 11 août 1986 (dont l'un des objectifs était de lever

⁴¹⁰ Nous n'évoquerons pas, ici, la question du point de départ des effets de la requalification, auquel répondit également la Cour de cassation dans l'un de ces deux arrêts – en l'occurrence l'arrêt n° 43.

⁴¹¹ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

⁴¹² A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

⁴¹³ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

⁴¹⁴ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

certaines obstacles au recours au contrat à durée déterminée et au travail temporaire) une liste de cas de recours inspirée de l'ordonnance 82-131 du 5 février 1982 (laquelle visait, essentiellement, à limiter le recours au travail temporaire)⁴¹⁵. Madame Martinel ne s'en tient toutefois pas à cet argument. D'autres éléments, notamment d'ordre *sémantique*, peuvent aller dans le sens de cette interprétation, précise-t-elle, avant que de relever que « le texte de l'article L 122-2-1 ne contient aucun terme caractérisant l'existence d'une exception au principe général »⁴¹⁶. Reste que l'adoption de cette solution conduirait, selon elle, à, nécessairement, « approfondir le débat en recherchant un critère permettant de traduire l'application du principe général d'interdiction posé par l'article L 124-2 »⁴¹⁷ – ce à quoi le conseiller rapporteur va s'attacher, dans un second temps. Bien que le cheminement argumentatif suivi pour l'examen de cette première question – arguments en faveur de la thèse 1, arguments contre la thèse 1, puis arguments en faveur de la thèse 2, *inexistence*, ou, en tout cas, *absence de présentation*, d'arguments contre la thèse 2, sauf à les identifier aux arguments en faveur de la thèse 1 – laisse entrevoir où va la préférence du conseiller rapporteur, il est remarquable que la question posée se trouve ici appréhendée sur le mode du doute, de l'alternative à résoudre, donc de la mise en discussion. Le contraste, par rapport à la façon dont la question se trouve traitée dans les arrêts, en tant que tels, apparaît saisissant : *au péremptoire s'oppose, ici, l'incertain et le discuté (du moins le discuté) ; au mode affirmatif s'oppose le mode interrogatif (au moins en apparence). A l'occultation s'oppose le dévoilement.*

Parce que le raisonnement des juges du fond se fondait sur le principe général d'interdiction, exprimé par l'article L. 124-2 du Code du travail, l'adoption de la thèse, consistant à analyser l'accroissement temporaire d'activité, prévue par l'article L. 124-2-1, comme une *application* de ce principe, commandait effectivement de s'interroger sur les critères à adopter pour la définition de l'accroissement temporaire d'activité. L'on relèvera, toutefois, que cette implication ne procède pas tant d'une inférence logique liée au contenu de la proposition qui a été privilégiée en amont, que d'une exigence découlant de la technique de cassation. En effet, le choix de retenir la thèse de l'exception au principe conduisait la Chambre sociale de la Cour de cassation à casser les arrêts des Cours d'appel de Nancy et Toulouse, alors que l'adoption de la thèse de l'application du principe conduisait, au contraire, au rejet des pourvois, et ouvrait, le cas échéant, place à un prolongement sur les contours de la notion d'accroissement temporaire d'activité. Cela étant, d'un point de vue strictement logique, la thèse de l'exception au principe, que la Cour de cassation écartera implicitement, n'aurait pas moins pu déboucher, si l'on fait abstraction de la technique de cassation, sur l'examen des éléments définitionnels de cette notion. Sauf à prendre la directive, suivant laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte, pour ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire une règle intangible ne laissant pas place elle-même à interprétation⁴¹⁸, il est certain que ce choix ne dispenserait pas, au plan de l'analyse, de chercher (*à supposer qu'on souhaite le faire*⁴¹⁹) à fixer le ou les critères définitionnels de l'accroissement temporaire d'activité, d'autant que deux orientations argumentatives seraient susceptibles de s'opposer : l'une, se prévalant de la directive d'interprétation précitée, et qui conduirait, *a priori*, à circonscrire ladite notion, l'autre, se prévalant d'une relative « autonomisation » de l'article L. 124-2-1 par rapport à l'article L. 124-2 (en ce sens que le premier texte ne serait plus alors directement placé sous l'égide, pour ainsi dire, du second), et qui serait, quant à elle, de nature à ouvrir sur un

⁴¹⁵ C'est à l'exposé, qu'elle proposait dans la première partie de son rapport, de l'évolution de la législation sur le travail temporaire, que se réfère ici implicitement Madame Martinel, pour asseoir son affirmation.

⁴¹⁶ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Et encore...

⁴¹⁹ C'est ce qu'il convient de souligner.

contenu définitionnel plus large, ou moins strict. Mais, à l'inverse, l'adoption de la solution de l'application du principe – qui est l'hypothèse à partir de laquelle se développe la suite du raisonnement du conseiller rapporteur – n'oriente pas non plus vers une option évidente, s'agissant des contours de cette notion, le choix pouvant *encore* être fait de circonscrire ou, au contraire, d'ouvrir son champ d'application. Il importe de le souligner, dans la mesure où la Cour de cassation, dans ses arrêts, établira un lien d'inférence logique entre les deux éléments, alors qu'il est manifeste que le choix – qui sera retenu – d'ouvrir le champ de la notion d'accroissement temporaire d'activité ne peut qu'être sous-tendu par des considérations autres que strictement logiques. La « logique », en la matière, n'imposant aucune orientation précise.

Quelles sont donc ces *autres* considérations que les arrêts de la Cour dissimuleront derrière un rapport d'inférence logique, et qui *ont pu* conduire ou inciter celle-ci à opter pour une conception relativement large de l'accroissement temporaire d'activité ? Le rapport de Madame Martinel fournit, une nouvelle fois, un éclairage crucial sur ce point, *dévoilant*, de la sorte, une autre dimension, un autre ressort (caché), de ces arrêts.

Lorsqu'elle pose la question du critère, permettant de définir le recours au travail temporaire, dans le cas de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, Madame Agnès Martinel se tourne, d'abord, vers les critères retenus par les Cours d'appel dont les décisions ont été frappées d'un pourvoi, et observe, à ce titre, que Cour d'appel de Toulouse s'est fondée sur la durée de l'ensemble des contrats et sur l'identité d'emplois entre les postes successifs occupés par les salariés, tandis que la Cour d'appel de Nancy s'est fondée sur une distinction entre accroissement temporaire et accroissement durable de l'activité de l'entreprise⁴²⁰. S'arrêtant sur cette distinction, dont elle ne conteste pas qu'elle puisse présenter un certain intérêt⁴²¹, Madame Martinel en souligne néanmoins le caractère tautologique⁴²², puisque le caractère temporaire se définirait alors par opposition au caractère durable, et inversement. Si la logique formelle se trouve, à ce titre, convoquée, c'est uniquement pour invalider la distinction retenue par la Cour d'appel de Nancy, ou, en tout cas, la discréditer quelque peu. Car pour le reste, le raisonnement du conseiller rapporteur va délaissé le registre du logicisme, pour en investir un tout autre, sur lequel s'opérera précisément la bifurcation conduisant à souscrire à une conception et, partant, un critère souples de l'accroissement temporaire d'activité, en la matière. Ce sont, en vérité, des *considérations d'ordre économique*, plutôt qu'une analyse économique proprement dite, qui vont amener Madame Martinel à suggérer que la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que l'accroissement temporaire d'activité « n'a pas besoin de revêtir un caractère exceptionnel » et à l'inviter à admettre que cet accroissement peut « résulter de simples variations du cycle de production, pour autant que le contrat ne s'inscrive pas dans un accroissement durable de l'activité de l'entreprise »⁴²³ – préconisations qui seront suivies au final par la Chambre sociale⁴²⁴. Des considérations d'ordre économique,

⁴²⁰ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198.

⁴²¹ « L'intérêt de cette distinction réside dans le fait qu'elle crée le lien entre les articles L 124-2 et L 124-2-1 du Code du travail et exprime clairement, s'il en est besoin, que l'accroissement temporaire de l'activité s'oppose à l'accroissement durable, la première notion n'étant qu'une application de la seconde constituant le principe général. Le recours au travail temporaire se conçoit alors dans le cadre d'une gestion de l'instant, du conjoncturel, par opposition au contrat à durée indéterminée qui doit rester l'instrument de la gestion structurelle de l'entreprise » ((A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 198).

⁴²² « Mais ce critère peut-il suffire à appréhender la réalité de la situation ? Faut-il s'en tenir à affirmer que puisque c'est durable, ce n'est pas temporaire ? Ne peut-on pas sortir de cette tautologie ? » (A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, pp. 198-199).

⁴²³ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 199.

⁴²⁴ Madame Agnès Martinel proposera également à la Cour de préciser, à l'occasion de ces affaires, « qu'il n'est pas nécessaire que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même des tâches résultant de l'accroissement temporaire de l'activité », en relevant que cette solution, « permettant à l'entreprise utilisatrice de conserver une

et non des considérations d'ordre logique, devrions-nous préciser. Voilà, en effet, comment le conseiller rapporteur – dans ces affaires qui, côté employeurs, mettaient en cause une société spécialisée dans la fabrication de véhicules utilitaires, d'une part, et une entreprise du secteur aéronautique, d'autre part⁴²⁵ – justifie sa position : « du point de vue économique, un accroissement durable de l'activité habituelle de l'entreprise n'est pas exclusif de l'existence de « pics de production ». Et c'est le cas notamment dans l'industrie automobile où le lancement de nouveaux modèles nécessite un besoin de main d'œuvre immédiat et temporaire. L'explication de ce phénomène réside dans le fait que les constructeurs automobiles et leurs sous-traitants fonctionnent à flux tendus, et ce, dans le seul dessein de réduire au maximum les stocks dont la gestion atteint des coûts très élevés. Or, la gestion à flux tendus génère dans la production de brusques montées en cadences suivies le plus souvent de baisses imprévisibles mais inévitables. Le lancement d'un nouveau modèle de véhicule implique ainsi une augmentation des cadences pour commencer à fournir rapidement l'ensemble des concessions de la marque. L'offre est ainsi créée. À la suite de cette montée en cadence, la durée est variable selon la marque et le type de véhicule, il s'agit d'ajuster l'offre à la demande et la production passe à son rythme de croisière en fonction des commandes réalisées »⁴²⁶. Dans le rapport de Madame Agnès Martinel, ce sont *ces* considérations – et aucune autre... – qui justifie(raie)nt que la Cour de cassation précise que l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ne doit pas nécessairement présenter un caractère exceptionnel, pour recourir au contrat de travail temporaire. De ce point de vue, le rapport fait surgir, en définitive, une raison crédible⁴²⁷, susceptible d'expliquer pourquoi la Chambre sociale énonce, dans ses arrêts, qu'il n'est nullement nécessaire que l'accroissement de l'activité de l'entreprise présente un caractère exceptionnel, en même temps qu'il confirme le caractère artificiel, et, disons-le, fallacieux, du rapport logique que l'arrêt semble établir entre l'interprétation combinée des textes concernés et cette conception large de l'accroissement temporaire de l'activité. En forçant quelque peu le trait, l'on peut dire que ce rapport confesse, par là même, non pas certes l'inavouable, mais l'inavoué, de ces arrêts du 21 janvier 2004. *Il dévoile ainsi les arcanes de la signification jurisprudentielle.*

B. Un prolongement de la signification de l'arrêt

Les rapports et les conclusions réalisent un *enrichissement* de la décision rendue par la Cour de cassation, notamment au plan de sa signification et sa portée normatives.

Un rapport récent de Madame Marie-Laure Morin en fournit une excellente illustration. Nous songeons ici au rapport, relatif à l'affaire *Orth c/ Apei*, que la conseillère de la Chambre sociale de la Cour de cassation publia dans la *Revue de Jurisprudence Sociale*, en janvier 2006,

certaine souplesse dans son organisation, viendrait étendre au travail intérimaire la solution retenue pour le contrat de travail à durée indéterminée dans un arrêt rendu le 18 février 2003 (...) » (A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 199). Sur ce point, également, elle sera suivie par les magistrats de la Chambre sociale, comme en atteste la formule retenue par les arrêts du 21 janvier 2004 (« sans qu'il soit nécessaire ni que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié soit affecté à la réalisation même de ces tâches »).

⁴²⁵ Cette précision a son importance, au regard de la citation qui suit.

⁴²⁶ A. Martinel, « Travail intérimaire et accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise », *op. cit.*, p. 199.

⁴²⁷ En tout cas, plus crédible que l'inférence logique par rapport au principe d'articulation entre les textes en présence...

sous le titre « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés »⁴²⁸. Cette affaire fut à l'origine de l'un des deux arrêts rendus en date du 26 octobre 2005, aux termes desquels la Haute juridiction consacra le principe selon lequel « les dispositions légales qui assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun à des salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'appliquent à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai »⁴²⁹. Et la Cour de préciser, dans son arrêt n° 2308, qui fit l'objet du rapport de Madame Morin, « qu'il en est ainsi de l'article L 122-14-15 relatif au conseiller du salarié » et, dans son arrêt n° 2309 (qui fit l'objet d'un rapport, quant à lui non publié, de Madame Farhouat-Danon), « qu'il en est ainsi de l'article R 241-31 du Code du travail relatif au médecin du travail », dans la mesure où ces deux espèces concernaient respectivement un travailleur nommé conseiller du salarié⁴³⁰, d'un côté, et un salarié embauché en qualité de médecin du travail, de l'autre⁴³¹. Pour s'en tenir à l'affaire *Orth c/ Opei*, l'on précisera que la Cour d'appel de Reims, interprétant les articles L. 122-14-16 et L. 412-18 du Code du travail⁴³² avait débouté la salariée⁴³³ de ses demandes, en considérant : 1) que le premier de ces textes ne vise que le *licenciement* du conseiller du salarié, sans envisager toute forme de rupture du contrat de travail ; or la rupture de l'essai exclut les règles du licenciement ; 2) que le second étend la procédure protectrice à *certaines ruptures de contrat* (contrat à durée déterminée, non-renouvellement de mission d'intérim) sans envisager toutes les formes de rupture à l'initiative de l'employeur⁴³⁴. « Elle avait donc fait prévaloir le principe de la liberté de rupture de l'essai (article L. 124-4, alinéa 2) sur le principe de l'interdiction de la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé sans autorisation administrative »⁴³⁵, ainsi que le relève Madame Morin.

Par rapport à ces deux arrêts, et, plus spécialement, celui rendu dans l'affaire *Orth c/ Opei*, le discours du conseiller rapporteur livre une contribution essentielle, sans aucun doute de nature à orienter l'analyse et l'interprétation qui pourront être faites du principe consacré par la Cour de cassation. L'apport du discours publié par Madame Morin se situe sur au moins *quatre terrains*, de ce point de vue, comme nous allons le montrer.

La lecture du rapport de Madame Morin atteste, *tout d'abord*, de ce que la Chambre sociale de la Cour de cassation a manifestement entendu dégager *une solution générale et unique* pour l'ensemble des salariés bénéficiant d'un mandat ou d'une fonction auxquels est associée une protection particulière contre le licenciement⁴³⁶, solution dont le conseiller rapporteur indiquait qu'elle avait « évidemment pour avantage la cohérence de la jurisprudence »⁴³⁷, et

⁴²⁸ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », Rapport Cass. soc. 26 oct. 2005, *RJS* 2006, p. 9.

⁴²⁹ Cass. soc. 26 oct. 2005 (deux arrêts), *RJS* 2006, n° 63.

⁴³⁰ Préalablement à son embauche – Cass. soc. 26 oct. 2005, *op. cit.*, 1^{ère} esp. (*Orth c/ Apei*).

⁴³¹ Cass. soc. 26 oct. 2005, *op. cit.*, 2^{ème} esp. (*Antoine c/ Association médicale du jura*).

⁴³² Le premier texte renvoyant au second.

⁴³³ Qui invoquait la nullité de la rupture de son contrat de travail, à défaut d'autorisation administrative, et, subsidiairement, son caractère abusif.

⁴³⁴ Nous nous appuyons, ici, sur la présentation que Madame Morin donne, dans son rapport publié, de l'arrêt rendu dans cette affaire par la Cour d'appel de Reims, le 21 mai 2003 (M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 9).

⁴³⁵ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 9.

⁴³⁶ A savoir les représentants du personnel, mais également les conseillers prud'hommes, les conseillers du salarié, médecins du travail, administrateurs salariés des organismes de sécurité sociale, représentants des salariés dans les entreprises en difficulté, administrateurs salariés et membres du conseil d'orientation et de surveillance des caisses d'épargne.

⁴³⁷ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

non distinguer en fonction de la spécificité de la situation de chacune de ces personnes⁴³⁸. Le fait que cette alternative ait été présentée par Madame Morin dans son rapport⁴³⁹ (dont la teneur laisse, par ailleurs, percevoir que la première option, celle consistant à retenir une solution uniforme, avait sa préférence) fournit, à notre sens, un éclairage sur le choix opéré par la Chambre sociale en faveur d'une solution uniforme, de portée générale. De ce point de vue, le rapport, semble-t-il, contribue à éclairer la *portée* du principe consacré dans l'arrêt – ou plutôt les arrêts – du 26 octobre 2005.

Les développements, que Madame Morin consacre, dans son rapport, à la jurisprudence (antérieure) sur l'application des règles protectrices pendant la période d'essai⁴⁴⁰, ainsi que son souci de caractériser l'évolution *jurisprudentielle* actuelle tendant à substituer à l'approche *extensive* de l'essai, qui prévalait dans les années 1980, une approche plus *finalisée*, qui consiste à faire application des règles particulières de protection à la rupture de l'essai lorsque les qualités de la personne ne sont pas en cause⁴⁴¹, fournissent, *en second lieu*, des éléments de nature à expliciter la *doctrine actuelle de la Chambre sociale de la Cour de cassation* en matière de rupture de la période d'essai, dont il est manifeste qu'elle inspire également les arrêts du 26 octobre 2005. Le rapport, tel qu'il est publié, présente, sous cet angle, une *valeur pédagogique* indéniable, qui ne peut qu'inciter les interprètes doctrinaux à situer ces arrêts dans le cadre de cette (re)construction jurisprudentielle.

Le troisième apport – sans doute le plus éclatant – de la publication du conseiller rapporteur, sous l'angle de sa valeur ajoutée par rapport au contenu de la décision rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'affaire concernée, est, quant à lui, *d'ordre argumentatif*. Estimant que la Cour aurait, dans l'hypothèse où celle-ci retiendrait une solution unique pour assurer la cohérence de la jurisprudence, à choisir entre deux logiques, Madame Morin s'attache dans son rapport à présenter les arguments militant en faveur des thèses en présence – non sans marquer une préférence pour la seconde d'ailleurs. *En faveur de la « logique de l'essai », trois arguments seront avancés. Le premier* se rapporte à la jurisprudence qui faisait « une application extensive de l'article L 122-4 en excluant de la résiliation du contrat pendant la période d'essai toutes les règles du licenciement, et non seulement celle du licenciement individuel définie dans la sous-section I « Résiliation du contrat » de la section II « Résiliation du contrat de travail à durée indéterminée » du chapitre II du livre I du Code du travail », conception qui se fondait sur le caractère probatoire de l'essai⁴⁴². *Le second*, formulé par le mémoire en défense, vise à rappeler que « la rupture du contrat de travail pendant l'essai n'est pas dé-

⁴³⁸ Madame Morin ne manque pas de remarquer que la question ne se pose pas forcément dans les mêmes termes pour les salariés dont la protection est liée au mandat qu'ils exercent, pour les médecins du travail qui sont protégés en raison de la fonction même pour laquelle ils sont embauchés dans l'entreprise et à laquelle la rupture de la période d'essai met fin, et pour les salariés investis d'un mandat d'intérêt général exercé à l'extérieur de l'entreprise et qui persiste malgré la rupture (M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11).

⁴³⁹ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, explicitement pp. 10-11, et, implicitement, pp. 9 et 12.

⁴⁴⁰ Madame Marie-Laure Morin fait, à cet égard, successivement le point sur la jurisprudence relative à la « protection des salariés en raison de leur état pendant la période d'essai », la « protection des droits et libertés fondamentaux et l'application du principe de non-discrimination pendant la période d'essai », et l'« application de la procédure spéciale d'autorisation des salariés investis d'un mandat ou d'une fonction particulière » (M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 10).

⁴⁴¹ Approche que le Professeur Jean Mouly, comme le relève le conseiller rapporteur, proposait dans un article ré-cent de généraliser (M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12, se référant à : J. Mouly, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *Dr. soc.* 2005, p. 614 et s.).

⁴⁴² M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

pourvue de sanctions en cas d'abus »⁴⁴³. Cet argument, qui suggère que la protection des salariés protégés est d'ores et déjà assurée au regard des règles jurisprudentielles applicables, est cependant immédiatement relativisé par le conseiller rapporteur, qui met l'accent sur les difficultés probatoires auxquelles se trouve alors confronté le salarié⁴⁴⁴ et fait observer que l'article L. 122-45 du Code du travail ne permet pas forcément de résoudre ce problème⁴⁴⁵. Vient enfin *le troisième argument*, qui combine, en fait, prise en considération de la réalité et prise en considération des conséquences de la solution contraire, puisqu'il s'agit de souligner que les employeurs, en pratique, ne savent pas toujours que le salarié exerce un mandat, et que l'application de la procédure protectrice aux personnes élues ou désignées antérieurement à leur recrutement pour l'exercice d'un mandat pourrait générer des effets pervers, lorsque l'employeur a connaissance de cette situation⁴⁴⁶. *A cette « logique de l'essai » s'oppose ce que Madame Morin nomme la « logique de la protection », qui est celle que consacra la Cour de cassation.*

A l'encontre du motif de l'arrêt attaqué, selon lequel l'article L. 412-18 du Code du travail ne vise pas expressément la période d'essai, le conseiller rapporteur, qui estime que ce motif procède d'une « lecture restrictive des textes »⁴⁴⁷, va avancer *trois arguments*, au demeurant distincts de ceux invoqués par la salariée au soutien du pourvoi⁴⁴⁸ – ce qui laisse supposer que ces derniers n'ont pas été jugés convaincants par le conseiller rapporteur. *Le premier argument* se rapporte au « fondement de la protection des salariés investis d'un mandat ou d'une fonction particulière », à savoir la considération, que consacrent les célèbres arrêts *Perrier* du 21 juin 1974, suivant laquelle les dispositions législatives qui soumettent à une procédure administrative de licenciement des salariés investis de fonctions représentatives ont

⁴⁴³ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴⁴ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11 : « les difficultés probatoires sont importantes, car le salarié doit prouver non seulement que la cause de la rupture de l'essai n'est pas les résultats, mais qu'il s'agit d'un motif illicite ou abusif ».

⁴⁴⁵ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11 : « Certes, il est aussi possible de sanctionner la rupture illicite de l'essai lorsqu'elle repose sur un motif discriminatoire au sens de l'article L 122-45, en appliquant les règles de preuve prévues par ce texte, comme cela a été fait pour la rupture d'un essai pour raison de santé (...). On peut toutefois se demander si cette voie permet d'apporter une solution générale pour tous les salariés énumérés au début de ce rapport [c'est-à-dire l'ensemble des salariés bénéficiant d'un mandat ou d'une fonction auxquels est associée une protection particulière contre le licenciement]. Le médecin du travail, le conseiller du salarié, ou encore le médiateur en cas de harcèlement sexuel ou moral inscrit sur des listes en qualité de personnes qualifiées exercent certes des mandats dans l'intérêt des salariés, mais peut-on considérer qu'il s'agit de mandat syndicaux ou mutualistes au sens de l'article L 122-45 ? Ce n'est pas certain et l'article L 122-45 peut-il se prêter à une lecture extensive ? Certes il n'est pas nécessaire qu'un salarié exerce un mandat de délégué pour que son licenciement soit jugé discriminatoire en raison de son activité syndicale (Cass. crim. 29 octobre 1996 ; Bull. crim. n° 379). Mais, en l'espèce, il s'agit de savoir si le médecin du travail ou le conseiller du salarié, bref ceux qui ne sont pas élus sur liste syndicale exercent une activité syndicale ou mutualiste ».

⁴⁴⁶ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11 : « En principe, l'employeur a connaissance du mandat par les procédures de publication prévues (...), si bien que le mandat lui est opposable. Mais on sait qu'en pratique cette connaissance n'est pas certaine. Par ailleurs, si l'employeur a connaissance de ce mandat, l'extension de la procédure protectrice aux personnes élues ou désignées pour exercer un mandat avant leur embauche, ne pourrait-elle pas avoir des effets pervers, en limitant l'embauche effective de ces personnes ? ».

⁴⁴⁷ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴⁸ Dans ses développements, précise Madame Morin, « le mémoire ampliatif critique l'interprétation restrictive de l'arrêt attaqué, en soutenant que l'article L 412-18 relatif au délégué syndical ne pouvait pas envisager la rupture pendant l'essai en raison de la condition d'ancienneté que doit remplir le salarié. Il fait également valoir que l'alinéa premier de l'article L 122-14-16 précise que l'exercice du mandat du conseiller ne peut être une cause de « rupture par l'employeur du contrat de travail », ce dont il résulterait que la protection ne se limite pas au licenciements ».

institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des salariés qu'ils représentent, « *une protection exorbitante et exceptionnelle du droit commun* » qui interdit, par suite, à l'employeur de poursuivre la rupture du contrat de travail par d'autre moyen. C'est, rappelle Madame Morin, sur le fondement de cette solution que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont étendu l'application de cette procédure protectrice à toutes les hypothèses de rupture du contrat ou de modification à l'initiative de l'employeur, même lorsqu'il ne s'agissait pas de licenciement et que la loi ne le prévoyait pas expressément. Or, écrit-elle, « la résiliation du contrat pendant l'essai n'en constitue pas moins une résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur puisque le contrat de travail est parfait dès sa conclusion, et l'intérêt des salariés pour lesquels est exercé le mandat ou la mission exige protection, que celui qui l'exerce soit ou non en période d'essai »⁴⁴⁹. Cet argument s'apparente, de la sorte, à un argument par *analogie*, même s'il n'est pas présenté sous cette dénomination. *La seconde raison* invoquée, en faveur de la « logique de la protection », combine, quant à elle, les modes d'interprétation *littéral et systémique* (ou *systématique*), Madame Morin prétendant la tirer d'une « lecture attentive des textes et de leur place dans le Code du travail »⁴⁵⁰. Cet argument consiste en un renversement total de l'interprétation extensive qui était faite en jurisprudence de l'article L. 122-4 du Code du travail dans les années quatre-vingt, puisqu'il consacre une interprétation restrictive de ce texte, au motif suivant : « L'article L 122-4 qui ouvre la sous-section I de la section II du Chapitre II du livre I du Code du travail – section et sous-section qui sont précisément relatives à la résiliation du contrat à durée indéterminée –, exclut dans son deuxième alinéa les seules règles de résiliation à l'initiative de l'une des parties annoncées aux premiers alinéas de l'article L 122-4 »⁴⁵¹. Et Madame Morin d'en déduire que, *textuellement*, « l'exclusion ne porte donc que sur les seules règles du licenciement énoncées dans la sous-section I dont l'article L 122-4 forme l'article introductif »⁴⁵², et non sur celles instituant une protection pour les salariés investis de mandats ou de fonctions particulières, puisqu'elles se logent dans d'autres sections du Code du travail. Pour conforter cette analyse, le conseiller rapporteur convoque, en outre, l'article L. 122-14-7, issu de la même sous-section que l'article L. 122-4, et qui énonce dans son premier alinéa que « Les règles posées à la présente section en matière de licenciement ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions ». *Littéralement*, affirme Madame Morin, « ce texte implique donc que l'article L 122-4 ne déroge pas aux règles qui assurent une protection particulière, puisqu'il figure dans la sous-section 1 de la section II »⁴⁵³. *Quant au troisième argument*, il consistera essentiellement à souligner la tendance jurisprudentielle actuelle à retenir *une approche plus finalisée de l'essai*, et à constater qu'un éminent spécialiste du droit du travail, le Professeur Jean Mouly, invitait récemment la Chambre sociale à généraliser cette approche⁴⁵⁴. Ce cheminement argumentatif débouche sur la conclusion suivante : si le premier et le troisième argument en faveur de la « logique de la protection » introduisent des raisons que l'argumentation en faveur de la « logique de l'essai » n'affronte pas, le second renverse l'argument tiré de l'application extensive de l'article L. 122-4 du Code du travail. Reste que l'un des trois arguments militant en faveur de la « logique de l'essai » n'a nullement été atteint par les arguments en faveur de la thèse opposée : l'argument tiré de la prise en compte, non seulement de la réalité, mais aussi des effets pervers qu'est susceptible d'engendrer la

⁴⁴⁹ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵⁰ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵¹ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, pp. 11-12.

⁴⁵² M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵³ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁴ Ayant fait allusion plus haut à ces aspects, nous nous bornerons seulement à les évoquer ici, sans autre précision.

seconde « logique ». Il faut croire que cet argument, probablement aux yeux du conseiller rapporteur ainsi que des magistrats de la Chambre sociale, a moins de force que les arguments relatifs, respectivement, au fondement de la protection (*argument typiquement conceptuel, en même temps qu’analogique*), aux textes et à leur place dans le Code du travail (*argument « systematico-littéral »*), et à l’orientation actuelle de la jurisprudence (*argument de cohérence, intimement liée à une politique jurisprudentielle*). Cela ne veut pas dire que les difficultés qu’il vise se trouvent pour autant dissipées, comme en atteste une autre dimension du rapport de Madame Marie-Laure Morin. L’ultime aspect que nous souhaitons mettre en lumière.

Le quatrième apport notable du rapport publié par Madame Marie-Laure Morin, par contraste avec la décision rendue par la Cour de cassation, dans cette affaire, tient à ce que l’on peut désigner comme sa *dimension prospective*. Cette dimension se concrétise ici par deux questions, rassemblées sous l’intitulé « Les questions soulevées par l’application des procédures protectrices »⁴⁵⁵. Le conseiller rapporteur va, dans un premier temps, s’interroger sur la question du *contrôle* qui pourra être exercé par l’autorité administrative⁴⁵⁶. La démarche peut évidemment surprendre, dans la mesure où il appartient, non pas au juge judiciaire, mais à l’autorité administrative de se prononcer sur une telle question⁴⁵⁷. Madame Morin ne va pourtant pas hésiter à puiser dans les textes légaux des indications sur l’objet de la protection, dont elle déduira que l’intervention de l’inspecteur du travail consistera vraisemblablement à vérifier que l’exercice par le salarié de sa mission ne peut être une cause de rupture du contrat de travail, d’une part, et que ce salarié n’a pas fait l’objet d’une mesure discriminatoire, par une application *a priori* de l’article L. 122-45 du Code du travail⁴⁵⁸. La démarche paraît prospective, elle n’est pas pour autant gratuite. Au moment où le rapport fut rédigé (c’est-à-dire avant que la Chambre sociale ne prenne parti), cette réflexion visait, probablement, à déterminer les implications de la thèse consistant à imposer les procédures protectrices pendant l’essai, et, le cas échéant, opter en faveur de cette thèse en connaissance de cause. La publication de ce rapport, postérieurement ou concomitamment à la diffusion de l’arrêt, va transfigurer le statut de cette réflexion. Alors que ces considérations s’apparentaient, initialement, à des éléments susceptibles d’éclairer la décision à venir de la Cour, la publication (*a posteriori*) du rapport les transforme en données susceptibles, sinon d’informer de l’état du droit applicable, du moins d’orienter le jeu des acteurs du droit, et plus particulièrement d’influencer l’action des inspecteurs du travail, voire le juge administratif lui-même dans l’hypothèse où il aurait à se prononcer sur le sujet.

Voilà bien, en tout cas, des éléments qui n’auraient pu, en aucune façon, au regard de la manière dont les décisions de la Cour de cassation sont rédigées⁴⁵⁹, être intégrés, même sous une forme atténuée, dans le *corpus* de l’arrêt. La même remarque s’impose, à propos de la seconde question posée par Madame Morin : celle des *conséquences* de la solution consistant

⁴⁵⁵ M-L. Morin, « Période d’essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁶ Cette hypothèse était, à l’heure où Madame Marie-Laure Morin rédigeait son rapport, conditionnée par la décision de la Cour de cassation de faire prévaloir la « logique de la protection » sur la « logique de l’essai » – ce qui explique que le conseiller rapporteur traite de cette question, comme de la suivante, sur le mode du conditionnel : « Si nous décidons d’appliquer les règles de protections particulières des mandats ou des fonctions exercées par certains salariés, quel contrôle pourra alors être exercé par l’autorité administrative ? » (M-L. Morin, « Période d’essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12, souligné par nous).

⁴⁵⁷ Madame Marie-Laure Morin le reconnaît sans détour : « Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur cette question ; la compétence en ce domaine appartient à l’autorité administrative » (M-L. Morin, « Période d’essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12).

⁴⁵⁸ M-L. Morin, « Période d’essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁹ En France, précisons-le.

à appliquer les procédures protectrices prévues à la rupture de la période d'essai. Cette solution, reconnaît-elle, soulève « des difficultés pratiques et juridiques qu'on ne peut ignorer »⁴⁶⁰. Ainsi voit-on resurgir incidemment, dans le discours du conseiller rapporteur, ce qui fut présenté, finalement, comme l'argument le plus convaincant en faveur de la thèse retenue par la Cour d'appel dans cette affaire, puisqu'il ne donna lieu à aucune tentative de réfutation. A vrai dire, ce n'est pas tant, en réalité, l'argument qui, en tant que tel, refait surface à ce stade, que le problème qu'il traduit, ou les difficultés qu'il pointe. Tout se passe en définitive *comme si* l'argument *non réfuté*⁴⁶¹ se transformait en une énigme – une énigme au demeurant autonome par rapport à la question de droit posée à la Chambre sociale de la Cour de cassation. C'est ainsi, en tout cas, que Madame Morin vient à souligner « l'insuffisance actuelle des règles de publicité des fonctions ou mandats, exercés à l'extérieur de l'entreprise, qui ne permettent pas d'être sûr que l'employeur en a connaissance en fait, sinon en droit »⁴⁶², insuffisance en laquelle elle voit une source possible de contentieux. Elle ajoute cependant immédiatement que ce problème ne pourrait être résolu que par une intervention du législateur⁴⁶³ – ce qui revient à suggérer que la Cour de cassation ne serait pas, à elle seule, en mesure d'y remédier. En revanche, estime-t-elle, rien n'interdit à la Cour de prendre en considération les conséquences de l'application de la procédure protectrice sur celui de déroulement de l'essai. Et Madame Morin de lancer la proposition suivante : « ne faudrait-il pas envisager le déclenchement de la procédure protectrice ait un effet suspensif tant sur la notification de la rupture que sur le déroulement de l'essai ? »⁴⁶⁴. La dimension *prospective* de ces considérations apparaît manifeste. Il est en effet difficile de pas en déduire, d'une part, que la Cour de cassation ne cherchera *probablement* pas à intervenir pour favoriser la connaissance par l'employeur des mandats ou fonctions exercées à l'extérieur de l'entreprise par un nouveau salarié ou un candidat à l'embauche, et, d'autre part, que la Chambre sociale *pourrait bien* envisager, lorsque l'occasion se présentera⁴⁶⁵, de décider que la procédure protectrice suspend le déroulement de la période d'essai. *L'on reste dans le domaine hypothétique, mais plus dans celui du virtuel.*

On le voit, l'enrichissement, l'apport, réalisé par le discours judiciaire « interne », *en comparaison de et relativement à l'arrêt auquel il se rapporte*, s'avère, en fait, considérable. Il prend des formes multiples, et concerne des aspects relativement variés. L'exemple que nous venons de prendre met d'ailleurs d'autant plus en relief cette dimension d'enrichissement que, s'agissant des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 26 octobre 2005 à propos de la question de savoir si le fait que le salarié soit en période d'essai exonère l'employeur, qui souhaite mettre fin au contrat de travail d'un salarié protégé, de l'obligation de solliciter au préalable l'autorisation de l'inspecteur du travail, *la publication du rapport rédigé par le conseiller rapporteur se doubla de celle des*

⁴⁶⁰ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶¹ Mais pouvait-il l'être ? On ne voit pas très bien quelles *données tangibles* auraient pu être opposées à la considération selon laquelle les employeurs n'ont, « en pratique », pas toujours connaissance des mandats et fonctions exercés par leurs salariés ou à l'hypothèse du risque que la « logique de la protection » pourrait avoir des « effets pervers, en conduisant à limiter l'embauche de personnes élues ou désignées pour exercer un mandat ».

⁴⁶² M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶³ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12 : « Une intervention du législateur est probablement nécessaire sur ce point (qui ne concerne d'ailleurs pas seulement la rupture de l'essai) ».

⁴⁶⁴ M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶⁵ L'on observera, d'ailleurs, que le simple fait de suggérer cette piste incitera, sans aucun doute, les avocats à la Cour de cassation (notamment), si les circonstances de l'affaire autorisent une telle argumentation, à faire place à cette considération dans leur pourvoi, en demandant ainsi expressément à la Cour de consacrer le principe de la suspension de l'essai à compter du déclenchement de la procédure protectrice.

conclusions de l'avocat général – le phénomène est assez rare pour être souligné. Quelques semaines avant la parution du rapport de Madame Marie-Laure Morin, la *Semaine sociale Lamy* avait, en effet, accueilli dans ses colonnes l'avis de Monsieur Jacques Duplat – un avis unique, rendu pour les deux affaires soumises à la Cour de cassation – annoncé sous le titre « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai »⁴⁶⁶. Un avis dans lequel l'avocat général préconisait, expressément, la thèse que consacra en définitive la Cour de cassation. Si le raisonnement est conduit d'une autre façon que dans le rapport, les quatre « plus-values », que nous avons caractérisées, dans ce discours, trouvent, en quelque sorte, leur pendant sous la plume de ce magistrat – ce qui contribue, pensons-nous, à les affermir et à en renforcer la portée. Sans doute l'accent se trouve-t-il mis plus fortement sur le changement d'orientation, depuis quelques années à l'œuvre dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, en matière d'essai, et qui affecte la conception même que la Cour se fait de l'essai. En témoignent, d'une part, le soin que prend l'avocat général à rappeler les exceptions – le plus souvent récentes – apportées au principe de l'exclusion du droit du licenciement pendant cette période et la tendance à étendre la procédure protectrice à toutes les formes de rupture, en jurisprudence⁴⁶⁷, d'autre part, le choix de placer, au cœur de son analyse⁴⁶⁸, les réflexions du Professeur Jean Mouly visant à promouvoir une conception « finaliste » de l'essai⁴⁶⁹, accordant ainsi, comme le conseiller rapporteur, à cette analyse – ou plus précisément à une partie de celle-ci⁴⁷⁰ – une vertu heuristique.

⁴⁶⁶ J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », Avis Cass. soc. 26 oct. 2005 (deux arrêts), *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1235, pp. 6-13. Ce numéro étant daté du 7 novembre 2005, ces conclusions se trouvaient publiées moins de quinze jours après que les arrêts avaient été rendus.

⁴⁶⁷ J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, pp. 7-8 et 10-11.

⁴⁶⁸ J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, pp. 9 et 12.

⁴⁶⁹ J. Mouly, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *Dr. soc.* 2005, pp. 614-624.

⁴⁷⁰ Il nous semble, à cet égard, opportun d'apprécier de façon précise *dans quelle mesure* la conception défendue par le Professeur Jean Mouly a contribué à inspirer les analyses de l'avocat général et du conseiller rapporteur, dans l'hypothèse que nous examinons. Pour s'en faire une idée, nous résumerons sommairement son propos, avant d'identifier ce en quoi ont consisté les emprunts, dont cette conception a été l'objet, tant dans les conclusions de Monsieur Jacques Duplat que dans le rapport de Madame Marie-Laure Morin.

Le Professeur Jean Mouly propose, dans cet article, de redéfinir une cohérence jurisprudentielle en matière de rupture de la période d'essai, là où, selon lui, le « désordre », au moment où il écrivait ses lignes, régnait (*Ibid.*, « I. – Le désordre dans le droit de la rupture de la période d'essai », pp. 616-620). Distinguant deux « catégories de situations », selon que l'employeur met fin à l'essai en raison de l'inaptitude du salarié à l'emploi qu'il convenait de pourvoir et la résiliation *ou* pour des raisons étrangères à ses résultats (*Ibid.*, spéc. pp. 615-616), l'auteur promet ici ce qu'il appelle une « autre logique » (c'est le sous-titre de la chronique), visant à substituer à « une *logique d'exclusion* des règles du droit du licenciement » une « *logique de conciliation* – ou de compatibilité – de ces règles avec les prérogatives de l'employeur que la période d'essai a pour fonction de mettre en œuvre » (*Ibid.*, p. 616), suggérant, de la sorte, à la Chambre sociale de la Cour de cassation d'abandonner « la logique purement formelle qu'elle met aujourd'hui en œuvre en matière de rupture de l'essai » mais qu'elle a dû notablement amender par « des exceptions et des tempéraments, dont la pertinence et la cohérence ne sont (...) guère évidentes », écrit-il (*Ibid.*, p. 624). *La conception, que défend le Professeur Jean Mouly, consiste à partir de ce qu'il envisage comme la nature de l'essai, ou sa « fonction », à savoir « permettre à l'employeur d'apprécier les aptitudes du salarié »* (*Ibid.*, p. 619), *pour en déduire – pour l'essentiel – que seules doivent être exclues l'applicabilité des dispositions du droit du licenciement incompatibles avec le pouvoir d'appréciation de l'employeur.* Ce qui amène, notamment, l'auteur à soutenir que les dispositions protégeant les salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, contrairement à la position adoptée par la Cour de cassation, devraient, comme celles protégeant les salariés en état de grossesse, être exclues pendant la période d'essai (étant précisé que cette exclusion n'interdirait pas au juge, dans la conception de Monsieur Jean Mouly, de mettre en cause la licéité de la rupture et d'accorder au salarié une indemnisation à ce titre : *Ibid.*, spéc. pp. 622-623), sans pour autant étendre cette exclusion à la protection spécifique dont bénéficie les salariés dits « protégés », car, selon lui, les intérêts supérieurs que ce « statut protecteur » protège doivent, dans ce cas, « l'emporter sur le pouvoir de l'employeur d'apprécier les résultats » (*Ibid.*, pp. 620-621). De même, les règles

du licenciement disciplinaire (et non pas seulement du droit disciplinaire) et les règles du licenciement économique, devraient avoir vocation à s'appliquer, dès lors que l'employeur a rompu la période d'essai pour un motif de cette nature – ce qu'il appartiendrait, dans le système défendu par le Professeur Mouly, au salarié de démontrer (*Ibid.*, pp. 621-622, affirmant que le doute devrait, à cet égard, profiter à l'employeur, dès lors que celui-ci est présumé avoir résilié l'essai en raison des mauvais résultats).

La question, qui se pose, est de savoir si *cette conception, dans sa globalité*, se trouve reprise, et implicitement consacrée, dans le rapport de Madame Morin et les conclusions de Monsieur Duplat. En dépit de l'intérêt que l'un et l'autre portent à cette étude, il nous semble douteux que l'on puisse répondre par l'affirmative. *Concernant le rapport*, la référence à cette chronique tend simplement à souligner que le Professeur Jean Mouly suggère de « généraliser » une approche, qui, d'après Madame Morin, inspirerait l'évolution récente de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (M-L. Morin, « Période d'essai et procédures de licenciement des salariés protégés », *op. cit.*, p. 12). De là cependant à en déduire que la Cour de cassation, au-delà d'une orientation générale, entendrait mener cette « logique » à son terme, il y a un pas que l'on ne saurait, sur la base exclusive de la lecture de ce rapport, franchir. *L'avis* de Monsieur Duplat, quant à lui, non seulement conduit à la même conclusion, mais révèle, en outre, que les emprunts, qui sont faits à l'analyse du Professeur Mouly, sont, en réalité, relativement ciblés, et qu'ils sont plus ou moins déconnectés du « système » général que l'auteur expose dans son article. Que l'on en juge. C'est, dans un premier temps, pour montrer que l'abus de droit ne constitue pas une garantie suffisante pour assurer la protection légitime des salariés protégés durant la période d'essai, qu'est convoqué le passage, dans lequel le Professeur Mouly énonce que la « théorie de l'abus de droit » est, en quelque sorte, « un substitut à la protection légale du salarié en cas de résiliation du contrat de travail » et ajoute qu'en revanche, « lorsque la rupture intervient pour un autre motif que les résultats de l'essai et que le droit du licenciement retrouve normalement application (...) le recours à cette théorie s'avère inutile, voire même contre-productif, en minimisant la protection due au salarié » (J. Mouly, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *op. cit.*, p. 623).

Cette citation appelle deux remarques. La première est que ce passage se trouve ici mis au service d'une thèse qui n'est pas exactement celle que défendait l'auteur, à travers ces considérations sur l'abus de droit, puisque son optique visait à déterminer la « sanction de l'illicéité de la décision de l'employeur », en cas de résiliation de la période d'essai, *dans le cadre de la conception qu'il défend, où l'applicabilité des règles du licenciement sont fonction de leur compatibilité avec la liberté d'appréciation des aptitudes du salarié par l'employeur* – conception dont on ne trouve trace dans les conclusions de Monsieur Duplat. Cette observation en appelle une seconde. *La citation du Professeur Jean Mouly apparaît tronquée dans le discours de Monsieur Duplat* : si, pour notre part, nous avons mis en évidence qu'un extrait avait été retranché, par le signe « (...) », aucune indication, aucun signal, de ce genre n'est intégrée à la citation de l'auteur, telle que la reproduit l'avocat général. Il n'y a rien là d'anecdotique, pensons-nous. On pourrait dire que nous chipotons, si la phrase ainsi passée sous silence n'exprimait la thèse principale défendue par l'auteur, et que Monsieur Duplat a, semble-t-il, délibérément tenu à l'écart – en omettant, répétons-le, de signaler cette excision. Car la proposition supprimée était la suivante : « sauf, le cas échéant, incompatibilité de certaines de ses dispositions avec le pouvoir d'appréciation de l'employeur ». Proposition qui renvoie au noyau dur de la conception défendue par le Professeur Mouly... et qui tend à remettre en cause une partie des solutions consacrées, jusque là, par la Cour de cassation (tout particulièrement en ce qui concerne l'applicabilité, pendant la période d'essai, des règles relatives au salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle), et dont rien, à ce jour, n'indique qu'elles sont en instance d'abandon. Il nous semble donc que cette amputation des propos du Professeur Mouly constitue une marque de réserve par rapport au système jurisprudentiel, envisagé dans son ensemble *et dans ses implications ultimes*, que celui-ci appelle de ses vœux.

Quelques pages plus loin, l'article du Professeur Mouly sera, de nouveau, appelé au soutien de l'analyse du conseiller rapporteur. Cette fois, la référence faite à cette chronique semble, au contraire, s'accompagner d'une approbation de la conception défendue par l'auteur. Voilà ce qu'écrit l'avocat général : « C'est, en définitive, ainsi que l'exprime M. le Professeur Mouly, dans son article précité, à une conception plus finaliste de la période d'essai qu'il conviendrait que vous reveniez en n'excluant les règles du droit du licenciement que dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'exercice du pouvoir d'appréciation des aptitudes du salarié » (J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, p. 12). A première vue, cette phrase, prise isolément, semble exprimer l'adhésion de Monsieur Duplat aux vues du Professeur Mouly. Seulement, en replaçant cette phrase dans son contexte, il semble que cette considération ait une portée beaucoup moins générale. Trouvant place dans un paragraphe, où il s'agit de montrer que l'extension de la procédure protectrice prévue en cas de licenciement des salariés protégés à la période d'essai serait conforme à la finalité de cette procédure, cette allusion à la « conception plus finaliste de la période d'essai » semble servir l'idée que les règles du licenciement *ne doivent pas* être écartées *dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles* avec l'exercice du pouvoir d'appréciation des aptitudes du salarié, détachée de la proposition inverse, voire corrélatrice (en tout cas dans l'analyse du Professeur Mouly), suivant laquelle *doivent*

Par-delà cette orientation générale, il est important de relever qu'à travers son raisonnement, Monsieur Jacques Duplat contribue, *lui aussi*, à définir ce qui paraît être aujourd'hui la doctrine de la Cour de cassation en ce domaine ; il s'emploie à souligner la nécessité de consacrer une solution unique applicable à tous les salariés protégés (ce qui, *a posteriori*, revient à marquer la portée générale de ces arrêts du 26 octobre 2005)⁴⁷¹, il se penche aussi sur les implications et conséquences de la solution qu'il préconise, en justifiant des raisons pour lesquelles elles ne constituent pas, à ses yeux, un obstacle à la consécration de cette solution⁴⁷² et en laissant entendre que la jurisprudence n'a pas à évoluer sur la question de l'opposabilité du mandat ou des fonctions protégées à l'employeur⁴⁷³, et, enfin, il rentre de plain-pied sur le registre argumentatif, à proprement parler, en confrontant les objections faites à l'extension de la procédure protectrice à la rupture pendant la période d'essai⁴⁷⁴ avec

être écartées les règles du licenciement, *lorsqu'elles ne sont point compatibles* avec l'exercice du pouvoir d'appréciation des aptitudes du salarié. C'est d'ailleurs uniquement pour justifier de l'applicabilité de la procédure protectrice pendant la période d'essai que la conception du Professeur Mouly se trouve mobilisée. En réalité, cette conception est, ici, sollicitée à seule fin, pensons-nous, de fonder cette thèse particulière (qui, rappelons-le, correspondait à la question posée à la Cour de cassation). Il n'est, dès lors, pas surprenant que l'avocat général poursuive immédiatement son propos en reprenant la raison qui, pour cet auteur, justifierait que le droit du licenciement, dans *cette* hypothèse, retrouve son application : « Dès lors que le statut protecteur ne protège pas seulement l'intérêt du salarié dont le contrat a été rompu, mais « *des intérêts collectifs supérieurs qui doivent l'emporter sur le pouvoir de l'employeur d'apprécier les résultats de l'essai* », vous devriez être conduit à modifier votre jurisprudence en déclarant le statut protecteur applicable en période d'essai » (*Ibid.*, renvoyant – implicitement – à : J. Mouly, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *op. cit.*, p. 621. A noter que ce qui est présenté par l'avocat général comme une citation du Professeur Jean Mouly ne constitue qu'un condensé de son propos, puisqu'il écrivait : « Ces intérêts supérieurs ne sauraient être mis entre parenthèses, même pendant la période d'essai. Ils doivent donc l'emporter sur le pouvoir de l'employeur d'apprécier les résultats de l'essai »). Même si cette considération n'est pas citée, il semble bien que ce soit le message que le Professeur Mouly adressait, expressément, à la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui ait été entendu – et lui seul : « Il serait donc souhaitable que la chambre sociale de la Cour de cassation revienne sur sa jurisprudence qu'elle a inaugurée en 1985 et déclare le statut protecteur de ces catégories de salariés applicable même en période d'essai » (J. Mouly, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *op. cit.*, p. 621, désignant, à travers cette formule, tous les salariés bénéficiant du statut protecteur des représentants du personnel ou syndicaux). Rien, nous semble-t-il, autorise à affirmer que l'avocat général ait entendu purement et simplement se rallier à la conception défendue par le Professeur Mouly, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne. C'est *l'un des aspects* de l'analyse de cet auteur – celui se rapportant à la question posée à la Chambre sociale de la Cour de cassation – qui a été pris en considération. Mais cela ne permet pas de conclure que l'avocat général a entendu enclencher le changement de « logique » en faveur duquel l'éminent auteur milite. En somme, le conseiller rapporteur et l'avocat général sont, à nos yeux, restés aux portes de la conception défendue par le Professeur Mouly, tout en recueillant une des propositions sur laquelle cette conception débouche. Du *tout*, ils ont extrait une *partie*.

Et l'avenir seulement dira si – suivant un enseignement fondamental de l'épistémologie contemporaine – la *partie* ne contenait pas, en elle, le *tout*. Autrement dit, si la solution préconisée par le conseiller rapporteur (implicitement) et l'avocat général (explicitement) appellera, ou non, les autres révisions envisagées par le Professeur Mouly, par une sorte de *jeu de dominos*.

⁴⁷¹ « Au terme de cet examen, il apparaît souhaitable qu'une solution unique d'extension de la protection pendant la période d'essai soit retenue pour l'ensemble des salariés bénéficiant d'un mandat électif ou désignatif et exerçant des missions générales de protection à l'égard d'autres salariés » (J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, p. 11).

⁴⁷² Voir : J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, pp. 11-13.

⁴⁷³ « L'objection faite par certains de l'absence de connaissance certaine par l'employeur, au moment de l'embauche, du mandat ou des fonctions protégées a été résolue par votre jurisprudence du 13 juillet 2004 (n° 02-42.681, *Bull. civ. V, n° 212*) qui, pour le conseiller du salarié, rend le mandat opposable à l'employeur et en conséquence la protection applicable au salarié, à compter du jour où la liste arrêtée par le préfet du département est publiée au recueil des actes administratifs du département » (J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, p. 11).

⁴⁷⁴ J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, pp. 8-9, analysant deux ordres d'objection : l'absence de texte organisant la protection en période d'essai, d'une part, l'existence de la sanction de l'abus de droit, d'autre part.

les arguments pouvant être mis en avant en faveur l'extension⁴⁷⁵. Qu'il s'agisse des arguments dont il s'agit d'éprouver le bien-fondé ou de ceux susceptibles de justifier l'applicabilité de la procédure protectrice durant l'essai, ce sont, essentiellement, les éléments examinés dans le rapport de Madame Marie-Laure Morin que l'on retrouve dans cet avis. La publication successive de l'un des rapports puis des conclusions rédigés à l'occasion des affaires ayant donné lieu à ces arrêts du 26 octobre 2005 fait *coup double*, si l'on ose dire. Concrétisant⁴⁷⁶ ce que peut être l'apport des discours judiciaires dits « internes » à la substance normative du ou des arrêts rendus par la Cour de cassation, cette illustration montre bien que, *du point de vue du récepteur (ou du lecteur), ces textes paraissent opérer comme une greffe sur le corps des arrêts. Comme une inscription, non pas simplement à la marge, mais à l'intérieur même du texte des arrêts. C'est, au fond, un enchevêtrement de textes qui, par le truchement de ces publications, se réalise, au moins potentiellement.*

Cet enchevêtrement de textes n'est, potentiellement, pas sans implication sur l'interprétation qui pourra être faite du (ou des) arrêt(s) de la Cour de cassation. Le rapport et/ou les conclusions, lorsqu'ils sont publiés, sont susceptibles, en effet, d'orienter la signification que les auteurs de doctrine, en particulier, mais également les conseillers prud'hommes (en ce qui concerne le droit du travail), les juges du fond, les avocats et, plus généralement, les praticiens du droit, pourront conférer à cette (ou ces) décision(s). Cette conséquence (au moins potentielle) apparaît relativement inévitable, pour la raison suivante : à partir du moment où une interprétation consiste à assigner à un certain texte une signification et où l'on admet que le texte – et cela vaut aussi bien pour un texte de loi que pour le texte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation – est appréhendé comme une « contrainte »⁴⁷⁷ de l'interprétation, il n'est pas surprenant que la transformation du texte pris comme objet de l'interprétation s'avère de nature à orienter la détermination de sa signification dans de nouvelles directions. Or, la publication du rapport ou des conclusions paraît bien – « phénoménologiquement » – réaliser la substitution du texte de l'arrêt, envisagé isolément, à un corpus textuel, qui englobe, non seulement le texte de l'arrêt mais également les textes ainsi diffusés par le conseiller rapporteur ou par l'avocat général. Partant, c'est l'interprétation même, assignée à l'arrêt, qui peut s'en trouver, peut-être pas véritablement transfigurée, mais au moins modifiée, parce qu'enrichie de certaines composantes de ces discours.

Parce ce qu'il entre en interaction vive et intense avec le texte de l'arrêt, le rapport ou l'avis, au niveau de sa réception, contribue à forger, façonner, la signification de la décision rendue par la Cour de cassation. L'exemple, que nous venons d'approfondir, le révèle pleinement. Pour le conforter et montrer qu'il ne présente pas, à cet égard, un caractère atypique, nous évoquerons, sans nous y attarder, une autre illustration, que, dans le vaste réservoir qu'offrent les nombreuses publications de rapports et conclusions (ou avis) en droit du travail, nous tirerons du rapport, également établi par Madame Marie-Laure Morin, dans les affaires qui ont donné lieu aux (immédiatement) célèbres arrêts *Pages jaunes* rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 11 janvier 2006⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ J. Duplat, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », *op. cit.*, p. 9 et s., estimant que trois séries d'arguments peuvent être avancés en faveur de cette thèse : l'absence de texte interdisant l'extension de la procédure protectrice, la mise en cohérence avec l'évolution jurisprudentielle, et la conformité avec la finalité de l'autorisation préalable.

⁴⁷⁶ Plutôt deux fois qu'une !

⁴⁷⁷ Certes elle-même interprétable.

⁴⁷⁸ *RJS* 2006, n° 322.

Pour nous en tenir à l'essentiel, dans la perspective qui est ici la nôtre, nous préciserons simplement que, dans ces arrêts, la Cour, après avoir rappelé que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur du groupe auquel elle appartient, précisait, en particulier, que « répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ». Ces arrêts usaient, ainsi, d'une formule nouvelle (elle-même porteuse d'un message fort, adressé aux entreprises), qui ne consacrait pas un revirement de jurisprudence, mais introduisait un affinement, un ajustement, de la doctrine de la Chambre sociale de la Cour de cassation, laquelle venait ainsi à poser, plus explicitement qu'auparavant, la « logique » d'anticipation liée à l'exigence de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Mais ce n'est pas cet aspect qui intéresse directement ici, puisque notre propos vise à montrer que la publication d'un rapport (ou d'un avis) est susceptible d'apporter aux interprètes de l'arrêt des éléments, que ces mêmes interprètes pourront le cas échéant appréhender comme autant de *clés de lecture* de l'arrêt – et ce, même si ces éléments sont présentés, dans le rapport (ou l'avis), sous une forme interrogative, dans la mesure où le fait que cette question ait été exprimée, et, donc, posée aux magistrats de la Chambre sociale, peut éventuellement constituer un élément important pour la détermination du sens et de la portée de l'arrêt. Le rapport précité de Madame Marie-Laure Morin comporte, précisément, une telle « donnée » qui, bien que formulée sous la forme d'une question, est de nature à enrichir – incidemment et métaphoriquement – le texte de l'arrêt et à préciser son horizon de sens. Nous songeons là tout particulièrement aux ultimes considérations de ce rapport, lorsque Madame Morin annonce que la Chambre sociale aura⁴⁷⁹ à apprécier *si les juges du fond devront tenir compte des effets sur l'emploi de la réorganisation envisagée*, et qu'elle avance qu'une réponse affirmative (ce sera le cas) s'inscrirait dans une orientation jurisprudentielle fondée sur l'idée que « la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise n'est incompatible avec une recherche d'amélioration de la rentabilité de l'entreprise *que si la mesure prise dans ce but a des effets néfastes sur l'emploi et/ou n'est faite que par mesure d'économie* »⁴⁸⁰.

Sous couvert d'en déceler le germe dans deux précédents arrêts⁴⁸¹ (dont il n'était tout de même pas évident de penser qu'ils consacraient pareille directive, et s'agissant desquels la question pouvait se poser, au demeurant, de savoir s'ils étaient encore d'actualité), c'est *en soi* une *nouvelle* directive qu'exprime, en réalité, le conseiller rapporteur. Et le fait que cette directive ait été, même sous une forme interrogative, avancée au sein de ce rapport, conduit, nous semble-t-il, dans un mouvement réflexif, à questionner la signification de ces arrêts, sur ce point particulier tout du moins. Car de deux choses l'une : soit la Chambre sociale de la

⁴⁷⁹ Le verbe est conjugué au futur de l'indicatif, puisque – par hypothèse – le rapport est établi en amont de la décision de la Cour de cassation.

⁴⁸⁰ M-L. Morin, « Les conditions de la sauvegarde de la compétitivité », Rapport Cass. soc. 11 janv. 2006 (trois arrêts), *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1244, p. 14, qui laisse par ailleurs entendre qu'une telle orientation ne serait pas incompatible avec le fameux arrêt SAT, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 8 décembre 2000.

⁴⁸¹ Cass. soc. 30 sept. 1997, n° 94-43.733, *Bull. civ. V*, n° 291 ; Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, n° 98-42.746, *Bull. civ. V*, n° 466. Dans ces arrêts, la Haute juridiction avait approuvé les juges du fond d'avoir considéré que la réorganisation ne répondait pas au critère de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, dès lors qu'ils avaient relevé, pour les uns, que la réorganisation « était dictée par le souci d'augmenter les profits et celui de remettre en cause une situation acquise jugée trop favorable aux salariés » (*arrêt du 30 septembre 1997*), pour les autres, que « la suppression des emplois permanents (...) répondait moins à une nécessité économique qu'à la volonté de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi » (*arrêt du 1^{er} décembre 1999*).

Cour de cassation a considéré que cette directive reflétait, fidèlement, sa doctrine en la matière, soit elle s'est abstenue, voire refusée, de faire un pas dans cette direction. Mais, dans tous les cas, la présence de cette directive, au sein du rapport établi par Madame Marie-Laure Morin, a pour *incidence potentielle de solliciter le sens et la portée de ces arrêts* – la question étant alors de savoir s'ils traduisent ou non une éventuelle évolution de la doctrine de la Chambre sociale, sur les licenciements économiques causés par des réorganisations destinées à permettre un meilleur positionnement de l'entreprise sur son marché. Telle semble être, à propos de cet exemple, l'une des *interactions* possibles (ou potentielles) entre le rapport publié par Madame Marie-Laure Morin et les arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Ainsi perçoit-on que les rapports et conclusions – en tant, répétons-le, que discours publiés – sont doublement orientés : vers la décision à laquelle il se rattache, tout d'abord, et vers les discours ultérieurs des interprètes.

Les rapports et conclusions opèrent comme des appendices de la décision, qui visent, le cas échéant, à délimiter plus nettement la signification. Ils posent des limites aux interprétations à venir, dans un mouvement d'anticipation. Ces discours seront, pour le magistrat, l'occasion de *marquer les limites de la signification d'un arrêt rendu par la Cour de cassation* et de tenter ainsi d'écarter les tentatives tendant à en étendre la portée au-delà de l'hypothèse qui a été envisagée par la Cour. C'est ainsi, par exemple, que Monsieur Pierre Bailly, répondant à une argumentation qui consistait à soutenir qu'une fermeture volontaire de l'entreprise interdit à l'employeur de se prévaloir d'une impossibilité de réintégrer qui lui est imputable en cas d'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi, précisait, dans un de ses rapports, que la solution issue de l'important arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 16 janvier 2001, à propos de la cessation d'activité, ne concernait que la cause économique de licenciement au sens de l'article L. 321-1 du Code du travail – et non le droit à réintégration du salarié dont le licenciement (pour motif économique) a été annulé : « S'il a été (...) jugé que la cessation définitive de l'activité de l'entreprise ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement quand elle procède d'une légèreté blâmable ou d'une faute de l'employeur (...), cette solution ne concerne pas le droit du salarié à une réintégration, dont la mise en œuvre suppose qu'il existe effectivement une possibilité de réintégration dans l'entreprise »⁴⁸². *Orientation du discours « interne » tant vers le texte de la décision, que vers les discours à venir de ses interprètes.*

Ces discours, au moment où ils sont publiés, sont des « médiations ». S'ils tendent à marquer la signification de l'arrêt, ils s'inscrivent aussi en projection vers l'avenir, en laissant augurer, le cas échéant, une évolution ou une réorientation de la jurisprudence, une nouvelle doctrine de la Cour de cassation. En annonçant « clairement » ce dont l'arrêt porte le germe, mais qu'il ne pouvait exprimer sous cette forme. Cet aspect se cristallise notamment, nous en avons, du reste, pu nous en apercevoir avec le rapport de Madame Marie-Laure Morin publié en janvier 2006, dans la *dimension prospective* des rapports et conclusions. Le discours publié comporte parfois des éléments de réponse à des questions qui ne seront pas tranchées dans l'affaire en question, mais qui laissent filtrer ce que pourrait être la position de la Cour de cassation si la question lui était soumise⁴⁸³. Il porte parfois le germe d'évolutions jurisprudentielles ultérieu-

⁴⁸² P. Bailly, « Quand la réintégration est matériellement impossible », Rapport Cass. soc. 15 juin 2005, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1221, p. 8.

⁴⁸³ Voir : Ph. Waquet, « Que faut-il entendre par revendications professionnelles ? », Rapport Cass. soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, spéc. pp. 697-698, s'agissant de la question de savoir si les revendications professionnelles

res⁴⁸⁴, et permet de comprendre qu'un revirement ou un changement de jurisprudence est, à court terme, probable⁴⁸⁵. Cette dimension prospective se réalise ainsi au travers généralement de propositions qui – exprimant clairement ce que l'arrêt ne permettait, au mieux, que de supposer – révèlent que la Chambre sociale de la Cour de cassation amorce une nouvelle orientation jurisprudentielle et, le cas échéant, entend abandonner la conception qui semblait être consacrée dans sa jurisprudence antérieure. C'est ainsi, par exemple, que l'enseignement principal que l'on pouvait tirer, nous semble-t-il, des conclusions rendues par Monsieur Jacques Duplat, dans l'affaire qui donna lieu à l'important arrêt du 11 février 2004 sur le congé parental d'éducation⁴⁸⁶, résidait dans l'abandon ou la mise en cause de la conception, qui consistait, en cas de « concours » ou de coexistence de plusieurs causes de suspension du contrat de travail, à faire application d'un critère chronologique, conduisant à faire application du régime juridique correspondant à la « cause première »⁴⁸⁷. L'avocat général exprimera ce que l'arrêt ne pouvait⁴⁸⁸, expressément, formuler : la recherche de la « cause première de la suspension » est « une démarche hasardeuse »⁴⁸⁹. Affirmation nette qui autorisait à penser que la Cour prendrait à l'avenir ses distances, en matière de suspension du contrat de travail, vis-à-vis de cette approche en termes de « cause première ». *Orientation du discours vers l'aval de la production jurisprudentielle, en faisant ressortir la signification ou l'orientation qui sous-tend la position adoptée de la Cour de la cassation, mais que l'arrêt ne traduit pas sous une forme aussi explicite.*

Cette double orientation du discours judiciaire « interne » vers le texte de la décision et vers le discours de ses interprètes concerne également la perspective argumentative.

§ 2. La perspective argumentative

Le discours de l'avocat général ou du conseiller rapporteur consiste en un *raisonnement*, dont les différentes étapes s'enchaînent, suivant un ordre logique, et font l'objet, les unes après les autres, d'une justification – si bien, d'ailleurs, que plusieurs ordres de justifications peuvent se succéder, en fonction de la nature des questions et/ou des problèmes à résoudre. Et c'est bien cette exigence de justification qui les démarque profondément des arrêts rendus par la Cour de cassation, et caractérise, par là même, leur fonction propre. Leur *fonction argumentative (A)*. Nous verrons que ce déploiement argumentatif de la justification « externe » de l'interprétation retenue par la Cour de cassation instaure la *possibilité* d'une discussion, d'un *échange argumenté* sur l'option consacrée par les magistrats. Parce que ces arguments se trouvent mis en

des grévistes – élément de la définition jurisprudentielle de la grève – doivent relever de la compétence exclusive de l'employeur, et être, par suite, cantonnée au niveau de l'entreprise.

⁴⁸⁴ Voir, par ex. : Ph. Waquet, « Une transaction peut-elle mettre fin au contrat de travail d'un représentant du personnel ? », Rapport Cass. soc. 2 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, spéc. p. 154, dont les analyses « présagent » de la consécration jurisprudentielle ultérieure de la règle selon laquelle la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive (Cass. soc. 29 mai 1996, *RJS* 1996, n° 789).

⁴⁸⁵ Cf. : P. Lyon-Caen, « Convention de conversion et ordre des licenciements », Conclusions Cass. soc. 17 juin 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 696, qui annonce les décisions du 30 septembre 1997 (*RJS* 1997, n° 1274).

⁴⁸⁶ J. Duplat, « Congé parental d'éducation. Protection de la maternité – Licenciement économique », Avis Cass. soc. 11 fév. 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1157, pp. 11-13, suivi de l'arrêt concerné.

⁴⁸⁷ C'est-à-dire celle intervenue en premier, d'un point de vue chronologique.

⁴⁸⁸ Au regard de la tradition juridique française.

⁴⁸⁹ J. Duplat, « Congé parental d'éducation. Protection de la maternité – Licenciement économique », *op. cit.*, p. 12.

avant, leur mise en discussion peut avoir lieu, sur une base autre que purement hypothétique (B).

A. La fonction argumentative des rapports et conclusions

1. Un déploiement argumentatif

Le propre des rapports et des avis est de mettre sur la table les arguments, raisons, éléments, susceptibles de justifier le principe, l'interprétation, la proposition normative, que préconise le conseiller rapporteur ou l'avocat général, et dont celui-ci espère, suivant les cas, qu'ils seront soit consacrés, soit confortés par la (Chambre sociale de la) Cour de cassation. Le souci du conseiller rapporteur ou de l'avocat général de justifier, d'argumenter, son choix interprétatif⁴⁹⁰, dans le cadre du processus interne d'élaboration de la décision de la Cour de cassation, l'amène à développer une argumentation, qui, grâce à la publication du rapport ou des conclusions, va se trouver largement diffusé dans l'espace discursif du droit du travail.

Ces discours se caractérisent, fondamentalement, par leur dimension *argumentative*. Les illustrations qui suivent, parmi tant d'autres, le démontrent pleinement.

Les discours judiciaires « internes » seront l'occasion, pour le magistrat, de dégager la raison d'être d'une tendance jurisprudentielle. C'est ainsi, par exemple, que l'avocat général Jacques Duplat soulignera, dans les conclusions qui prépareront un arrêt du 27 octobre 2004, relatif au contentieux préélectoral, que les extensions, successivement apportées par la jurisprudence au cours de ces dernières années⁴⁹¹, à l'irrecevabilité des pourvois en matière préélectorale étaient motivées par « le souci d'assurer au juge de l'élection sa plénitude de juridiction sur l'appréciation de la régularité de l'ensemble des opérations électorales »⁴⁹². On y découvrira parfois, alors que les arrêts ne délivrent en eux-mêmes aucun élément, *une* justification – au moins un début ou un semblant de justification – de la non-admission d'un moyen développé dans un pourvoi. C'est ainsi que l'on peut lire, dans un avis de Monsieur Jacques Duplat, s'agissant d'un moyen contestant la condamnation de l'employeur au paiement de diverses primes sans justification suffisante : « Ce moyen semble pouvoir faire l'objet d'une non-

⁴⁹⁰ Cf, par ex. : J-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Rapport Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, pp. 581-583. Monsieur Frouin oppose d'ailleurs, au passage, ce qu'il appelle une « pétition de principe » (*Ibid.*, p. 583) à ce qui mérite, selon lui, d'être qualifié de « raisonnement de droit », fût-il « étroit » (*Ibid.*, p. 581).

⁴⁹¹ Après avoir décidé dans une décision du 7 mai 2002 que la décision du tribunal statuant avant l'élection sur la régularité d'une liste de candidature n'était pas susceptible de pourvoi pour les mêmes motifs (Cass. soc. 7 mai 2002, pourvoi n° 01-60.040 *Bull. civ. V*, n° 148, p. 152 – solution reprise par la suite dans : Cass. soc. 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-60.644, *Bull. civ. V*, n° 31, p. 22 ; Cass. soc. 24 avril 2003, pourvoi n° 01-60.925), la Chambre sociale de la Cour de cassation avait, en effet, successivement étendu cette solution aux cas où la contestation porte sur la détermination de l'effectif de l'entreprise (Cass. soc. 26 mars 2003, pourvoi n° 01-60.829), sur la liste des salariés mis à disposition, la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct d'un site de l'entreprise et la validité des protocoles préélectoraux conclus en vue de ces élections (Cass. soc. 21 mai 2003, pourvoi n° 02-60.396, *Bull. civ. V*, n° 167, p. 162), et avait encore provoqué une nouvelle extension, par un série d'arrêts du 30 mars 2004 (pourvois n° 02-60.358, 02-60.815, 02-60.840, 02-60.909 et 03-60.137), s'agissant, cette fois, des contestations portant sur le nombre et la composition des collèges électoraux, d'une part, et les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, d'autre part.

⁴⁹² J. Duplat, « Contentieux préélectoral. Pas d'autorité de la chose jugée », Avis Cass. soc. 27 oct. 2004, *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1189, p. 13.

admission, dès lors qu'il se heurte à l'appréciation souveraine des juges du fond, qui n'étaient pas tenus de suivre l'employeur dans le détail de son argumentation »⁴⁹³.

Mais, la plupart du temps, ces discours donnent lieu à un véritable déploiement argumentatif, visant à justifier, à fonder rationnellement, la décision retenue par la Cour de cassation.

Illustration

Nous le montrerons en nous référant aux conclusions publiées au mois de juin 2005 par Monsieur Jacques Duplat, sous le titre « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* »⁴⁹⁴, dans l'affaire *Lopes c/ Sté Matrax*, qui donna lieu à un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 30 mars 2005⁴⁹⁵. Des deux questions qui appelaient ou méritaient, d'après l'avocat général, un examen approfondi⁴⁹⁶, nous ne ferons ici qu'évoquer la seconde, sous l'angle exclusif du raisonnement développé par ce magistrat. Le point de départ (ou, plutôt, le *problème* de départ) était de savoir si le juge, qui requalifie une succession de contrats de travail temporaire conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, doit accorder au salarié *une seule* indemnité de requalification, pour l'ensemble des contrats requalifiés, *ou* une indemnité de requalification *au titre de chacun* des contrats requalifiés. Après avoir reproduit le contenu de la disposition légale en cause, et dont, en définitive, l'interprétation était controversée, en l'occurrence la dernière phrase de l'article L. 124-7-1 du Code du travail⁴⁹⁷, l'avocat général présente, d'emblée, les deux thèses qui s'affrontaient, dans cette affaire : « Le pourvoi principal soutient que l'indemnité de requalification doit être calculée en fonction du nombre de contrats qui ont fait l'objet d'une requalification, alors que l'arrêt attaqué et le mémoire en défense font valoir que l'indemnité de requalification est due au titre de l'ensemble des contrats de mission irrégulièrement conclus, la requalification en contrat à durée indéterminée s'étendant à l'ensemble des contrats »⁴⁹⁸. A partir de là, l'avocat général va développer un raisonnement en *deux temps*, visant à "réfuter" la thèse défendue dans le pourvoi.

Le *premier temps* s'apparente, au fond, dans le raisonnement de Monsieur Duplat, à une sorte de préalable – un préalable nécessaire. La démarche du magistrat consiste, à cet égard, en réalité, à caractériser puis à mettre en évidence les *soubassements, présupposés ou postulat(s) sur*

⁴⁹³ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, p. 427.

⁴⁹⁴ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », Avis Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, pp. 427-430.

⁴⁹⁵ Cass. soc. 30 mars 2005, *RJS* 2005, n° 689.

⁴⁹⁶ Dans cette affaire, deux questions furent en effet mises en examen, qui concernaient l'une et l'autre les conséquences de la requalification des contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée : « la détermination de l'indemnité de requalification prévue à l'article L 124-7-1 du Code du travail », évoquée par le pourvoi principal du salarié, d'une part, et « le cumul ou le non-cumul de l'indemnité compensatrice de préavis avec l'indemnité de précarité », évoqué par le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur, pour reprendre les formulations retenues par l'avocat général (J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 427).

⁴⁹⁷ Reproduisons l'intégralité de cet article : « Lorsqu'un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'une mission d'intérim en contrat à durée indéterminée, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine. La décision du conseil de prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire. Si le tribunal fait droit à la demande du salarié, il doit lui accorder, à la charge de l'utilisateur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, sans préjudice de l'application des dispositions de la section II du chapitre II du titre II du livre I^{er} du présent code ».

⁴⁹⁸ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 427.

lesquels repose la thèse du pourvoi. « La thèse du pourvoi repose sur le postulat que le préjudice subi par le salarié est en rapport avec le nombre de contrats de travail temporaire irréguliers et sur l'indépendance de chacun des contrats », écrit-il, avant d'ajouter : « Cette thèse est aussi sous-tendue par l'idée d'un lien nécessaire entre le préjudice subi résultant de la prolongation de la situation de précarité et la durée des missions effectuées »⁴⁹⁹. Trois présupposés se trouvent ainsi identifiés par l'avocat général, qui tendent respectivement à postuler : 1) un rapport étroit entre le préjudice subi par le salarié et le nombre de contrats de travail temporaire irréguliers ; 2) un lien nécessaire entre le préjudice subi en raison de la prolongation de la situation de précarité et la durée des missions d'intérim accomplies par le travailleur ; 3) l'indépendance de chacun des contrats de travail temporaire irréguliers conclus avec celui-ci. Deux d'entre eux, les deux premiers, sont immédiatement soumis à une *analyse critique*, dont on relèvera qu'elle procède moins d'une analyse juridique que de considérations purement factuelles : « ce lien entre le préjudice subi en raison de la prolongation de la situation de précarité et le nombre de contrats n'apparaît pas d'évidence et se révèle tout à fait artificiel, dès lors qu'un nombre important de contrats peuvent se succéder sur une courte période et qu'un petit nombre de contrats peuvent avoir été conclus sur une longue période »⁵⁰⁰. Le troisième présupposé n'est mis en cause à ce stade, mais il le sera implicitement dans la phase proprement argumentative – le second temps – du raisonnement de l'avocat général.

Ce *second temps* est introduit par une phrase, qui semble indiquer que, pour Monsieur Jacques Duplat, là se situe le cœur du raisonnement qu'il entend opposer à la thèse développée dans le cadre du pourvoi : « *Mais surtout*, cette thèse se heurte à *plusieurs arguments* tirés des textes, de la doctrine, de l'équité, de certains précédents jurisprudentiels et d'un avis récent de la Cour de cassation »⁵⁰¹. Délaissant le registre de la critique et de la mise en cause des présupposés de la thèse du pourvoi, *le raisonnement de l'avocat général entre dans sa phase argumentative, à proprement parler*, les arguments évoqués étant, cette fois, d'entrée de jeu reconnaissables comme des arguments *juridiques*, eu égard aux « sources » dont ils sont issus. Les *cinq arguments*, qui vont être avancés par le magistrats, vont tous dans le même sens : ils tendant à accréditer la thèse – opposée à celle défendue par le pourvoi – d'une indemnité de requalification unique pour l'ensemble des contrats de travail temporaire. Passons-les en revue.

C'est, *en premier lieu*, un « *argument de texte* », selon sa propre formule, qu'invoque l'avocat général. Sous cette bannière cependant, le magistrat avance, en réalité, trois observations, trois (sous-)arguments en définitive, sans doute de valeur différente. L'essentiel de son propos consiste à soutenir qu'au regard du texte de l'article L. 124-7-1 du Code du travail, l'indemnité de requalification se rattache, non pas au *nombre* des contrats requalifiés, mais à la *demande* de requalification, en tant que telle, quel que soit précisément le nombre de contrats ouvrant droit à cette action⁵⁰². Dans cette optique, la thèse défendue par le pourvoi se heurterait à l'objet même de la disposition en cause. L'avocat général relève, par ailleurs, que le texte laisse au juge toute latitude, au-delà du minimum d'un mois de salaire, pour fixer le montant de

⁴⁹⁹ J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », *op. cit.*, p. 427.

⁵⁰⁰ J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », *op. cit.*, p. 427.

⁵⁰¹ J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », *op. cit.*, p. 427. Souligné par nous.

⁵⁰² « Le texte de l'article L. 124-7-1 du Code du travail mentionne que l'indemnité de requalification est liée à l'action en requalification, sans évoquer le nombre des contrats requalifiés », affirme l'avocat général. « La sanction instituée à l'égard de l'entreprise utilisatrice n'est pas attachée par le texte au nombre des contrats requalifiés en contrat à durée indéterminée, mais uniquement à la demande de requalification qui peut trouver son origine aussi bien dans un contrat d'intérim unique que dans une multiplicité de contrats » (J. Duplat, « Travail temporaire. Conséquences de la requalification », *op. cit.*, p. 428).

l'indemnité *en fonction du préjudice réellement subi* par le salarié⁵⁰³, et considère, en outre, que la fixation, par la loi du plancher de l'indemnité à un mois de salaire atteste du fait que *le législateur a eu probablement en vue* l'hypothèse de contrats de travail temporaire successifs s'inscrivant dans une certaine durée⁵⁰⁴. En somme, l'hypothèse d'un ensemble de contrats successifs serait *implicitement* envisagée par l'article L. 124-7-1 du Code du travail. Cette idée se trouve précisément cristallisée par le second argument invoqué par l'avocat général.

Dans l'ordre des arguments que dresse l'avocat général, celui qui intervient *en second lieu* est affublé d'une dénomination qui tend à lui conférer un caractère scientifique : « *Argument doctrinal fondé sur la théorie des « groupes de contrats » ou des « chaînes de contrats »*. L'argument en question, ainsi annoncé, semble être paré de la valeur que lui confère son emprunt au savoir académique. Le magistrat se réfère, ici, explicitement, à la « théorie » initiée par le Professeur Bernard Teyssié dans sa thèse de doctorat, et que d'autres auteurs ont, par la suite, développée à leur tour, au sujet des « groupes de contrats » ou des « chaînes de contrats »⁵⁰⁵. L'on pourrait s'attendre à ce que la conception élaborée par cet éminent auteur soit mise au service de l'analyse du magistrat – à des fins plus ou moins explicatives. Ce n'est pourtant pas ce que fait l'avocat général. Son argumentation emprunte une tout autre trajectoire. En vérité, son hypothèse est que le législateur « s'est fondé » sur la notion de « chaînes de contrats » (et, donc, implicitement sur cette « théorie »), pour envisager les contrats de travail temporaire successivement conclus avec le même salarié comme un ensemble contractuel indivisible, que caractérise une identité d'objet⁵⁰⁶. Et c'est, justement, cela, si l'on suit le raisonnement de l'avocat général, qui autoriserait à faire « application de cette théorie » en la matière⁵⁰⁷. Toujours est-il que c'est par l'exposé de ce second argument que l'avocat général tente de contrecarrer l'ultime présupposé sur lequel repose, selon lui, la thèse du pourvoi

⁵⁰³ « Le texte accorde au juge toute liberté pour moduler librement l'indemnité en fonction du préjudice réel subi, sous réserve du minimum d'un mois de salaire » (J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428).

⁵⁰⁴ « La fixation par la loi du plancher de l'indemnité à un mois de salaire est déjà en soi une indication que la requalification du ou des contrats d'intérim en contrat à durée indéterminée a été envisagée dans le cadre d'une relation de travail d'une certaine durée et non à l'issue d'une mission unique de très courte durée », explique-t-il (J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428).

⁵⁰⁵ La référence aux travaux de la doctrine se veut précise : « Cette théorie initiée en 1975 par B. Teyssié dans sa thèse « Les groupes de contrats » a été reprise depuis par de nombreux auteurs notamment par J. Mousseron dans « Technique contractuelle », Ed. Francis Lefebvre, 1988 et J. Ghestin D 1991, 549 », relève tout d'abord l'avocat général. Ce dernier n'hésite d'ailleurs pas à citer un extrait de la thèse de Monsieur Bernard Teyssié, afin de préciser les contours de la notion ainsi convoquée : « Cette notion de chaîne de contrats repose sur l'idée d'une succession de contrats « unis par une identité d'objet, car organisés à propos d'une même chose, d'une même prestation essentielle (...). Le groupe ainsi formé est indiscutablement issu de l'adjonction à un premier contrat d'un deuxième, puis, à ce dernier, d'une troisième à la manière d'un chaînon » (B. Teyssié précité n° 69 p. 39) » (J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428). Cet exemple, on en conviendra, illustre de façon frappante l'influence que la doctrine exerce sur les magistrats, et, par voie de conséquence, sur la jurisprudence !

⁵⁰⁶ C'est, du reste, ce que cherche à démontrer Monsieur Jacques Duplat, dans le passage suivant : « En prévoyant dans l'article L 124-7-1 du Code du travail qu'en cas de requalification de contrats de mission successifs en contrat à durée indéterminée, l'ancienneté du salarié est appréciée à compter du premier jour de sa mission chez l'utilisateur et que, dans ce cas, le salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée, *il est permis de penser que le législateur s'est fondé sur cette notion de « chaîne de contrats » pour considérer que les contrats de mission successifs forment un ensemble contractuel indivisible pour la réalisation d'un but reconnu par les parties contractantes* » (J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428, souligné par nous).

⁵⁰⁷ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428 : « Ainsi, en application de cette théorie, chaque contrat de travail temporaire est relié à chacun des autres pour aboutir à la reconnaissance d'une relation contractuelle unique à durée indéterminée par l'intermédiaire de l'action en requalification ».

(l'indépendance de chacun des contrats de travail temporaire irréguliers conclus avec le salarié) et qu'il s'était précédemment abstenu de discuter.

L'on change totalement de registre avec *le troisième argument*, appelé « *argument d'équité* ». Derrière le masque de l'équité, c'est (une certaine conception⁵⁰⁸ de) l'égalité de traitement, discrètement alliée à l'argument de la prise en considération des conséquences de l'interprétation contraire⁵⁰⁹, que l'avocat général introduit dans son discours argumenté. Le magistrat fait, à ce titre, valoir qu'il serait « difficile de justifier que des salariés qui auraient exercé des missions d'intérim sur une même durée soient exposés à des indemnités différentes en fonction du nombre différent de contrats de travail temporaire »⁵¹⁰. Cela serait, selon lui, non seulement inopportun, sur le plan des principes, mais également inutile, puisque le juge, au-delà du plancher minimum d'indemnisation fixé à un mois de salaire, dispose « de toute latitude pour moduler l'indemnisation en fonction du préjudice subi et garantir une égalité de traitement entre les salariés intérimaires qui exercent une action en requalification »⁵¹¹. En résumé, la thèse défendue par le pourvoi ne serait ni utile, ni souhaitable, dans la mesure où elle est, selon le magistrat, difficile à justifier. C'est là, nous semble-t-il, une façon détournée⁵¹² de justifier le rejet de cette thèse par le fait que celle-ci ne peut se prévaloir d'aucune... justification valable.

Quatrième maillon de la chaîne argumentative qu'il déroule, Monsieur Jacques Duplat convoque la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : c'est l'« *argument tiré de la jurisprudence* ». L'intitulé pourrait laisser croire que la Haute juridiction a déjà eu l'occasion, par le passé, de se prononcer sur la question de droit qui retient ici l'attention de l'avocat général. D'emblée, toutefois, le magistrat reconnaît que la Chambre sociale n'a, jusque là, pas eu à prendre (clairement) position sur ce sujet : « votre chambre n'a pas expressément tranché la question qui vous est soumise »⁵¹³. Mais il estime, néanmoins, que la Chambre sociale consacre déjà, *implicitement*, la *conception* de l'indivisibilité de la relation contractuelle résultant de la requalification des contrats de travail temporaire irréguliers : « votre jurisprudence sur la date d'effet du contrat à durée indéterminée en cas de requalification repose implicitement sur l'indivisibilité du lien contractuel à durée indéterminée issu de la requalification »⁵¹⁴, indique-t-il, en prenant soin, bien sûr, de rappeler les solutions retenues dans trois précédents arrêts⁵¹⁵. Partant, l'exigence de *cohérence de l'œuvre jurisprudentielle*⁵¹⁶ militerait, selon l'avocat général, en faveur de la solution consistant à n'accorder au travailleur temporaire qu'une indemnité de requalification au titre de l'ensemble des contrats de mission irréguliers.

⁵⁰⁸ Pas forcément celle consacrée par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, du reste !

⁵⁰⁹ C'est-à-dire celle défendue par le pourvoi.

⁵¹⁰ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵¹¹ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵¹² Ou une manière indirecte.

⁵¹³ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵¹⁴ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵¹⁵ Cass. soc. 3 oct. 2000 (arrêt n° 3752, D, *Sté Ugine Savoie c/ Louis*) ; Cass. soc. 21 janv. 2004 (*RJS* 2004, n° 352 ; *Bull. civ. V*, n° 27). Il s'agissait, dans ces deux décisions, de requalification de contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée. Le troisième arrêt cité concernait, quant à lui, la requalification de contrats de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (Cass. soc. 24 juin 2003, arrêt n° 1691, D, *Bizot c/ Sté Pari mutuel hippodrome et a.*).

⁵¹⁶ Nous avons précédemment relevé que c'était, généralement, sous l'angle de la *cohérence de l'œuvre jurisprudentielle* que les arrêts de la Cour de cassation sont pris en considération, que ce soit par les avocats généraux ou par les conseillers rapporteurs.

La même idée inspire le *cinquième et dernier argument* mis en avant, celui tiré de l'*avis du 24 janvier 2005* – pour peu, du moins, que l'on retienne une conception large de « l'œuvre jurisprudentielle ». Cet « argument » présente, en fait, un caractère *analogique*, puisque la thèse de l'unicité de l'indemnité de requalification avait été consacrée par la Cour de cassation au sujet des contrats à durée déterminée⁵¹⁷. Le texte de l'article L. 122-3-13 du Code du travail qui prévoit la requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée étant « rédigé dans les mêmes termes que l'article L. 124-7-1 »⁵¹⁸, il est permis, affirme l'avocat général, de voir dans cet avis un argument qui – « ajouté aux autres », précise-t-il – justifie que soit retenue la solution de l'indemnité de requalification unique⁵¹⁹.

Au terme de ce *cheminement argumentatif*, l'avocat général ne manquera pas d'exprimer sans détour le point de vue que les différents arguments avancés tendaient à justifier : « Sur la base de ces observations, je conclus au rejet du pourvoi principal formé par le salarié »⁵²⁰. D'apporter sa réponse à la question qui était posée, en somme.

Décryptage

Ce retour sur le raisonnement suivi par Monsieur Jacques Duplat témoigne indéniablement du souci de ce magistrat, dans cette affaire, de *justifier* sa position – de la justifier *par* l'argumentation. Sa "performance" argumentative mérite, à cet égard, d'être saluée⁵²¹, que

⁵¹⁷ Avis C. Cass. 24 janv. 2005, *RJS* 2005, n° 488 : « Est d'avis que lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire ».

⁵¹⁸ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428. A cette différence près que, dans le cas du contrat de travail temporaire (et de l'article L. 124-7-1 du Code du travail), l'indemnité est à la charge, non pas de l'employeur, c'est-à-dire de l'entreprise de travail temporaire, mais de l'entreprise utilisatrice. Relevons, par ailleurs, que dans les conclusions de Monsieur Duplat, l'article cité n'est pas l'article L. 122-3-13 du Code du travail, en ce qui concerne les contrats à durée déterminée, mais l'article L. 122-3-10 du même code ; il y a là manifestement une erreur matérielle, car c'est sans aucun doute le premier texte qui se trouve visé, son deuxième alinéa étant effectivement rédigé dans les mêmes termes que l'article L. 124-7-1.

⁵¹⁹ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵²⁰ J. Duplat, « Travail temporaire. *Conséquences de la requalification* », *op. cit.*, p. 428.

⁵²¹ L'on prend pleinement la mesure de la "performance" argumentative de Monsieur Jacques Duplat dans les conclusions de l'affaire *Lopes c./ Sté Matrax* lorsque l'on rapproche son raisonnement de ceux développés par Monsieur Allix et Madame Martinel dans les affaires impliquant le T.N.M. La Criée qui donnèrent lieu à l'avis n° 005 0003 rendu par la Cour de cassation en date du 24 janvier 2005 – l'avis précisément en lequel Monsieur Duplat voyait un cinquième argument allant à l'encontre de la thèse défendue par le salarié. La comparaison a certes ses limites, dans la mesure où la question posée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence n'était pas formulée dans les mêmes termes que celle découlant du pourvoi du salarié dans l'affaire *Lopes c/ Sté Matrax*. Cette question fut, du reste, « reformulée » par le conseiller rapporteur afin que la Cour de cassation puisse exprimer sa position sur le problème en cause, la rédaction originelle apparaissant à ce dernier comme à l'avocat général fortement critiquable, *en tant que telle*. Ce point ne doit pas être sous-estimé, puisqu'il orienta, sensiblement, les raisonnements des deux magistrats. Il n'en reste pas moins qu'une fois cette question « reformulée », le conseiller rapporteur, Madame Martinel, s'efforça moins d'*agrèger* – à la manière de Monsieur Duplat – les arguments susceptibles de conforter la réponse qu'il convenait, d'après elle, de retenir, que de *contester la pertinence du problème posé*. Pour cette raison, l'essentiel de son raisonnement se focalisa sur l'idée qu'il est juridiquement inconcevable, pour le juge, de procéder à la requalification d'une succession de contrats à durée déterminée *en plusieurs contrats à durée indéterminée* : « un retour à une analyse concrète de la situation juridique nous amène rapidement à considérer que cette succession de contrats à durée indéterminée est une fiction pure », écrit-elle. « La requalification, qui entraîne la nullité de la clause limitant la durée du contrat, substitue à la convention des parties le statut de droit commun du contrat de travail à durée indéterminée. Et dès la première requalification, la durée du contrat de travail ne se trouve plus définie, mais au contraire a vocation à se prolonger vers l'infini ». Il est vrai que Madame Martinel étaya ses vues par une analyse de la nature de l'indemnité de requalification et des caractéristiques propres de l'action en requalification, mais le noyau dur de son raisonnement résidait, fondamentalement, dans la déstabilisation du postulat (d'après elle) que l'hypothèse

l'on soit d'ailleurs convaincu ou non par les arguments qu'il invoque. La référence aux travaux que le Professeur Michel Meyer a consacrés à ce sujet, quelles que puissent être nos réserves à l'égard de certaines thèses qu'il défend⁵²², autorisent à dire que les conclusions de Monsieur Jacques Duplat, dont nous venons d'examiner la première partie, donnent à voir *l'argumentation dans sa splendeur*. Si l'on admet – comme possible définition de l'argumentation – qu'argumenter consiste à trouver les moyens pour justifier *une* réponse⁵²³, autrement dit pour justifier que l'on privilégie une thèse au détriment d'une autre, en supprimant l'alternative que leur coexistence traduisait, il est certain que le texte publié par l'avocat général, dans cette affaire, constitue un modèle du genre. Pour emprunter au langage du philosophe de la Problématologie, lequel estime que le « modèle [de l'argumentation] sera de plus en plus le droit »⁵²⁴, il est manifeste que le discours argumenté de l'avocat général consiste, ici, en un raisonnement qui repose uniquement sur des « éléments matériels », et se

d'une requalification en plusieurs contrats à durée indéterminée pourrait se produire, juridiquement parlant (« A mon sens, une telle hypothèse ne peut jamais se produire, tout simplement parce que juridiquement, en l'état actuel des textes, la requalification de contrats de travail à durée déterminée se conjugue au singulier, le juge ne pouvant requalifier plusieurs contrats à durée déterminée en plusieurs contrats à durée indéterminée », indique-t-elle, au titre de ses observations sur la question posée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence).

De fait, la teneur argumentative de son raisonnement ne pouvait qu'être d'une nature différente de celui développé par Monsieur Jacques Duplat : on n'argumente pas de la même manière suivant que l'on reconnaît ou au contraire que l'on nie l'existence d'un problème, la pertinence d'une question. Ce constat est plus frappant encore lorsque l'on se penche sur les conclusions rendues par l'avocat général à l'occasion de cette saisine pour avis, puisque le propos fut tout à la fois bref et incisif. « La question posée part d'un *postulat* [en caractères gras dans le texte original] qui n'est nullement vérifié, à savoir que, lorsqu'il fait droit à la demande de requalification dont il est saisi, le juge pourrait requalifier chacun des contrats concernés en un contrat à durée déterminée. Or il n'en est rien puisque, quel que soit le nombre des contrats à durée déterminée concernés, la requalification d'un seul contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée se suffit à elle-même et rend sans objet toute requalification d'un contrat à durée déterminée conclu postérieurement et que, lorsqu'il y a lieu de requalifier une suite de contrats à durée déterminée, la relation doit être requalifiée en un ensemble global à durée déterminée. Ainsi la *requalification de la relation de travail* [en caractères gras dans le texte original], nonobstant la pluralité des contrats à durée déterminée s'étant succédés sans interruption entre les mêmes parties, s'opère de manière globale quel que soit le nombre des contrats concernés, et le juge ne saurait requalifier des contrats de travail à durée déterminée successifs en une pluralité de contrats de travail à durée indéterminée successifs ». Et Monsieur Allix de conclure, par conséquent, que question posée ne présentait pas de difficulté sérieuse justifiant la saisine pour avis de la Cour de cassation. La négation du problème posé tenait ainsi lieu, en quelque sorte, d'argumentation. Une « argumentation » située, reconnaissons-le, à mille lieux de celle proposée par Monsieur Jacques Duplat, sur une question sensiblement identique – quoi que l'on puisse penser de la manière dont elle avait été formulée. (On rappellera que les rapports et conclusions afférents à cet avis de la Cour de cassation peuvent être consultés sur le site Internet de la Cour de cassation, comme d'ailleurs pour tous les rapports et conclusions rédigés dans le cadre de la procédure de saisine pour avis ; pour ce faire, il suffit de se rendre sur la page d'accueil du site – rappelons, pour mémoire, l'adresse : www.courdecassation.fr –, de cliquer successivement sur les rubriques « Avis » puis « Avis de la Cour », de consulter à l'avis en question (n° 0050003P) par le biais par exemple du classement par année, et de cliquer enfin sur les mentions « Rapport » ou « Conclusions », proposées en tête de l'avis).

⁵²² La référence, que nous proposons ici, aux réflexions de l'éminent auteur sur l'argumentation *ne vaut nullement adhésion*, en particulier, à la thèse selon laquelle la rhétorique et l'argumentation poursuivraient *un seul et même but*, à savoir la négociation, ou plus précisément la réduction, de la distance (ou la différence) entre les individus sur un problème donné. Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer nos réserves sur ce point, en faisant valoir que l'argumentation, *à la différence de la rhétorique*, se caractérise, d'après nous, essentiellement par *sa fonction justificatrice* et que cette fonction implique qu'elle n'intervient, en réalité, jamais sur le terrain du « faire croire » (plus encore qu'une *mauvaise* argumentation, un processus argumentatif qui tendrait à se développer sur le terrain du « faire croire » se verrait *disqualifié en tant qu'argumentation*), mais *sur un registre proprement rationnel*. A nos yeux, l'hypothétique réduction de la distance ou la différence entre les sujets n'est qu'*une conséquence* – au demeurant éventuelle – de l'argumentation, et *pas sa finalité même*.

⁵²³ Le Professeur Michel Meyer, *dans l'optique qui est la sienne*, dira, quant à lui : « pour provoquer une unicité de réponse » (M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, Chemins philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, 2005, p. 15).

⁵²⁴ M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, *op. cit.*, p. 19.

développe sur le terrain (exclusif) du *logos* ; ce discours se constitue à partir d'un « problème » de départ, qu'il « prend à bras-le-corps », et qu'il aborde « expressément et d'entrée de jeu » à travers les différentes thèses en présence, afin de dégager une « réponse » qui fera disparaître « l'interrogativité »⁵²⁵ originelle.

L'illustration que fournissent les conclusions de Monsieur Jacques Duplat conforte, en particulier, deux thèses développées par le philosophe bruxellois. Elle conforte, en premier lieu, l'idée que l'argumentation s'apparente à une cristallisation d'éléments – susceptibles d'être mis en discussion car ils sont en réalité des « avis »⁵²⁶ – dont l'agrégation vise à constituer ou à dégager une réponse au problème posé au départ. De sorte que l'argumentation « fonctionne comme exigence d'une conclusion »⁵²⁷. Elle confirme également, en second lieu, la considération suivant laquelle l'argumentation est, fondamentalement, *ouverture*. Ouverture, parce qu'elle libère et expose au jour ce que la logique tend à taire ou à maintenir dans l'ombre⁵²⁸. Ouverture, aussi, et surtout, parce que, d'une part, l'argumentation présuppose ou, du moins, requiert un ou des destinataires (ou récepteurs)⁵²⁹, et parce que, d'autre part, elle est tournée vers l'action et s'apparente à ce que le Monsieur Meyer appelle un « *faire faire* » : l'argumentation, écrit-il « est un *faire faire* direct s'il s'agit d'amener quelqu'un à se prononcer ou à le décider à adopter une ligne de conduite sur un problème donné, indirect si l'on se limite à lui communiquer certaines opinions ou conclusions utilisables le moment venu, lorsqu'il se trouvera confronté plus tard à la question »⁵³⁰.

Cette double observation – tirée des réflexions du Professeur Michel Meyer sur le sujet – nous invite à tenter de *caractériser*, à travers l'exemple les conclusions de Monsieur Duplat, ce que l'on pourrait appeler *la fonction argumentative des discours judiciaires internes*.

Lorsqu'ils se présentent sous la forme du raisonnement que nous nous sommes efforcé de suivre à la trace ou sous une forme voisine, les discours judiciaires dits « internes » (l'expression a ses limites, puisque les textes que nous examinons évidemment sont diffusés) ont des allures de trésors cachés⁵³¹. La situation pourtant, à première vue, tout du moins, ne devrait pas être de nature à surprendre : un juriste, plus précisément un magistrat, est confronté à un problème juridique. Une question lui est soumise, à laquelle il est tenu de répondre – telle est sa mission. Pour ce faire, il va développer un raisonnement visant à promouvoir *une* réponse, ce

⁵²⁵ Toutes les expressions, tous les termes, cités ici entre guillemets sont extraits du « réservoir linguistique » issu des citations, reproduites plus haut, du Professeur Meyer. A l'exception, cependant, du concept d'« interrogativité », lui aussi employé par le philosophe bruxellois (voir, not. : M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., p. 55).

⁵²⁶ M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., p. 67 : « un argument n'est rien d'autre qu'un avis sur une question qui surgit à la faveur d'une réponse, qu'elle n'épuise pas, ne fût-ce que parce qu'elle n'y répond pas directement ».

⁵²⁷ « L'argumentation fonctionne comme exigence d'une conclusion, éventuellement d'une certaine décision à prendre (...), au regard du problème posé dans le contexte de son occurrence, contexte qui fournit aux protagonistes les ressources informatives nécessaires à l'inférence de la réponse-conclusion » (M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., pp. 68-69).

⁵²⁸ « La logique verrouille ce que l'argumentation ouvre » (M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., p. 41). Cette proposition se trouve, presque systématiquement, vérifiée par la confrontation ou le rapprochement des discours judiciaires « internes » des conseillers rapporteurs (rapports) ou des avocats généraux (conclusions) aux textes mêmes des arrêts rendus par la Cour de cassation.

⁵²⁹ M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., p. 70 : « L'argumentation renvoie au maintien éventuel de la problématisation, dans la mesure où dire ce que l'on pense d'une question ne suffit pas à rendre ce dire argumentatif. Ce dernier suppose l'inférence, et puisque le locuteur possède et la question et la réponse, la communication de cette dernière n'est argumentative que si quelqu'un d'autre que le locuteur les met en corrélation ».

⁵³⁰ M. Meyer, *Qu'est-ce que l'argumentation ?*, op. cit., p. 70.

⁵³¹ Surtout si on les compare aux arrêts rendus par la Cour de cassation, en tant que tels.

qui, inévitablement, le conduira à écarter au moins une des hypothèses en présence. Et comme ce magistrat aspire à convaincre les conseillers de la formation chargée de rendre une décision, dans cette affaire, il va s'attacher à construire, à bâtir, une argumentation aussi pertinente et solide que possible. Il convaincra ou ne convaincra pas. Quoi qu'il en soit, une décision sera adoptée collégalement, qui bénéficiera d'une diffusion plus ou moins large. Jusque là, rien que de très normal... Voilà cependant que ce magistrat, après que la décision a été prise, généralement au moment où elle se trouve diffusée, décide ou accepte de publier – fût-ce sous une forme remaniée – l'avis ou le rapport qu'il a rédigé dans le cadre du processus d'élaboration de la décision juridictionnelle. Le fait est, en soi, beaucoup moins anodin. Et pour peu – ce qui est le cas – que le phénomène prenne une importance quantitative certaine, ce magistrat étant suivi par de nombreux autres qui publieront eux aussi les rapports ou conclusions qu'ils ont élaborés, c'est, à tout le moins, un changement notable dans la « normalité » que l'on sera enclin à diagnostiquer – on se gardera, évidemment, de la tentation d'y voir un basculement du « normal » au « pathologique »⁵³² !

Quoi qu'il en soit, ce phénomène – dès lors que les discours concernés émanent d'avocats généraux et de conseillers de la Cour de cassation – opère et traduit un changement majeur dans l'espace jurisprudentiel, que l'on peut aborder, *notamment*, sous l'angle de la fonction argumentative des discours judiciaires « internes ». La référence aux travaux du Professeur Michel Meyer nous a permis de le mettre en relief. Le magistrat, en développant une argumentation – du type de celle que nous avons retracée, *via* l'exemple des conclusions de Monsieur Duplat – et en publiant son discours argumenté dans une revue « spécialisée » (en l'occurrence, une revue de droit du travail), introduit dans l'espace public⁵³³ une thèse – consistant à apporter une *réponse* à une question donnée – pour la défense de laquelle il convoque et mobilise les arguments, à ses yeux, les plus convaincants, les plus forts. A partir du moment où ce discours est diffusé par le canal d'une publication, et que cette publication est concomitante à la diffusion de l'arrêt auquel il se rapporte, il ne s'adresse plus, *en tant que tel*, aux magistrats de la formation chargée de rendre la décision. Les destinataires de ce discours argumenté, ses récepteurs, s'élargissent considérablement, du fait même de la publication dans une revue juridique. Cela induit un changement notable, du point de l'accessibilité aux raisons ou arguments qui ont été invoqués⁵³⁴ dans le cadre du processus de l'élaboration de la décision. Il est aisé de caractériser ce changement. Il suffit de comparer deux situations : celle où un arrêt de la Cour de cassation est, quelle que soit la modalité, diffusé *seul*, et celle où cette diffusion s'accompagne en outre de la publication du rapport ou des conclusions qui ont été établis à cette occasion. Dans l'immense majorité des cas, étant donné le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation, la publication du rapport ou des conclusions aura pour incidence de présenter un raisonnement, une argumentation,

⁵³² Pour faire écho au titre du célèbre essai de l'un des plus influents épistémologues de la réflexion française sur les sciences de la seconde moitié du XX^{ème} siècle : G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, "Galien", Histoire et philosophie de la biologie et de la médecine, PUF, 1966 (ouvrage dont la première partie consistait en la réédition de la thèse de doctorat que l'auteur publia, pour la première fois, en 1943). L'on rappellera, au passage, que Georges Canguilhem (1904-1995), dans cet ouvrage situé à la croisée des chemins entre médecine théorique, histoire et philosophie de la médecine, défendait une sorte de holisme organiciste, se déclarant ouvertement anti-réductionniste vis-à-vis des sciences de la vie, et s'attachait, en particulier, à remettre en cause la thèse, dominante au XIX^{ème} siècle, selon laquelle les phénomènes pathologiques sont identiques aux phénomènes normaux correspondants, *aux variations quantitatives près*.

⁵³³ Fût-il limité au cercle des « spécialistes » du droit du travail.

⁵³⁴ La formulation, que nous retenons ici, correspond à une proposition « basse » qui, en tant que telle, n'apparaît guère contestable. Nous nous gardons bien, ce faisant, d'affirmer que ces arguments ou ces raisons sont ceux qui, le cas échéant, justifient la solution retenue collégalement par la juridiction. Nous reviendrons sur cette considération par essence plus « controversable » dans les développements qui suivent, mais, pour l'heure, nous la tenons délibérément de côté, car cet aspect est sans rapport, à ce stade précis, avec notre propos.

susceptibles de fonder ou justifier la solution retenue par la Cour⁵³⁵, éventuellement son interprétation d'une disposition légale, alors même que l'arrêt, envisagé isolément, non seulement ne fait pas apparaître ce raisonnement, mais, de plus, tait voire dissimule toute justification argumentée – spécialement de la prémisse normative du raisonnement.

Les rapports et conclusions publiés exposent au grand jour une argumentation susceptible de justifier la position – par exemple le choix interprétatif – prise par la Cour de cassation dans un arrêt, alors que le mode de rédaction des décisions rendues par la Haute juridiction conduit à (main)tenir dans l'ombre toute argumentation de cette nature.

Voilà bien ce qui caractérise ce que nous avons appelé la *fonction argumentative* des rapports et conclusions (avis) publiés. Le contraste saisissant entre les modes de rédaction des arrêts de la Cour de cassation, en tant que tels, d'une part, et des discours judiciaires « internes », d'autre part, révèle que ces derniers ne se contentent point simplement d'enrichir l'argumentation ; ils la *délivrent*. Parce qu'ils comportent un mode de justification rationnelle qui ne peut trouver place dans les arrêts eux-mêmes, *les rapports et conclusions libèrent l'argumentation, au sens figuré comme au sens propre*. En diffusant le raisonnement tenu par le magistrat ayant en charge le rapport ou les conclusions, ces discours judiciaires introduisent, dans l'espace public de discussion, des arguments que les décisions passent, quant à elles, sous silence. Ils font raisonner l'argumentation qu'ils comportent – l'argumentation qu'ils ont fait éclore et qu'ils ont produite.

2. Nature et fonction des rapports et conclusions

Nous voulions savoir ce que les discours judiciaires « internes » *sont* et *font* ; nous cherchions à cerner comment, le cas échéant, ils *entrent en action*. Nous avons désormais, au moins, un début de réponse : *les rapports et conclusions ont une nature et une fonction argumentatives*. Ces discours, en effet, « *sont* » argumentation, en ce sens que leur identité – autrement dit leur nature, leur essence et leur raison d'être – « *est* » argumentative. Mais ils ne se contentent pas d'être : ils « *font* » également, en donnant la parole à l'argumentation, et en la dérochant ainsi à la forme de mutisme dans lequel elle risquait d'être enfermée.

Cette fonction argumentative des discours judiciaires dits « internes » pourrait être décryptée, avec toutes les précautions et réserves qui s'imposent à ce sujet, à l'aune du concept de *transparence*, cette exigence contemporaine d'inspiration post-moderne sur laquelle nous avons eu, précédemment, l'occasion de nous pencher. L'on peut en effet formuler l'hypothèse que ces discours rendent transparente une argumentation que les arrêts de la Cour de cassation maintiennent dans une forme d'opacité. Cette vision paraît néanmoins se heurter à une difficulté, qui tient essentiellement au fait que rien ne permet de postuler que les raisons ou arguments invoqués par le conseiller rapporteur ou l'avocat général s'identifient ou sont assimilables aux raisons et arguments des magistrats, qui ont, collégialement, rendu la décision, après en avoir délibéré. Mais cette objection elle-même repose sur des bases rationnellement instables – nous allons y venir. Ce n'est cependant pas sous cet angle que l'idée de « transparence » mérite, ici, de retenir l'attention, de notre point de vue. C'est moins la « transparence », dans ce qu'elle *présuppose*, en l'occurrence la stricte identité de ce qui était caché et de ce qui fait l'objet d'un dévoilement, que la « transparence », dans ce qu'elle

⁵³⁵ Rappelons, en effet, que la publication de rapports ou de conclusions *non suivis* par la Cour de cassation reste un phénomène rarissime, et tout à fait marginal.

implique, à savoir l'introduction dans l'espace public d'éléments qui, jusque là, en étaient absents, qui doit, selon nous, être avant tout mise au cœur de l'analyse. Métaphoriquement, l'on peut dire que ce sont les cartes, que le joueur abat sur la table qui nous intéressent, principalement, ici, et non la question de savoir si ces cartes étaient effectivement celles qu'il avait en sa possession avant de les dévoiler⁵³⁶. Sous cet angle précis, la référence à la « transparence » peut apparaître pertinente, dans la mesure où les rapports et avis viennent enrichir l'« espace jurisprudentiel » en y introduisant un raisonnement argumenté que le mode de rédaction des arrêts maintient, sinon dans le secret, du moins dans l'ombre. Avec ces discours, une argumentation et donc des arguments sont mis sur la table ; le magistrat est alors comme le joueur qui dévoile *ses* cartes à ses partenaires de jeu. Il y a là un acte charnière, qui modifie considérablement le cours du jeu – pour rester sur le registre métaphorique. Ce changement a un nom : *le passage du monologique au dialogique*.

Expliquons-nous. La référence aux travaux du Professeur Michel Meyer nous a permis notamment de relever que l'argumentation agrège et coordonne des éléments, par nature discutables, pour soutenir et fonder une « conclusion », mais aussi qu'elle fonctionne sur le mode de l'ouverture. Cette analyse révèle que l'argumentation est ouverture à un triple point de vue. Elle est ouverture, parce qu'elle présente un caractère "libératoire" par rapport à la logique⁵³⁷, parce qu'elle implique (et, par conséquent) s'adresse (à) un ou plusieurs destinataires, et enfin parce qu'elle vise à influencer une action ou une décision, s'apparentant ainsi à ce que l'éminent auteur appelle un « *faire-faire* ». Elle omet cependant d'insister sur l'une des composantes essentielles de l'ouverture qui caractérise l'argumentation, du moins celle qui se trouve développée dans le discours des conseillers rapporteurs et des avocats généraux : *l'ouverture sur la discussion argumentée*.

B. Une ouverture vers l'échange argumenté

Loin de clore la discussion sur la portée et la signification de l'arrêt auquel ils se rapportent, les discours judiciaires, lorsqu'ils sont publiés, ouvrent, et, plus encore, alimentent, cette discussion. Une fois publiés, ces textes – parce qu'ils sont textes précisément – deviennent objets d'interprétation et/ou sont susceptibles de donner lieu à des commentaires. Par là même, *l'argumentation qu'ils délivrent*, suivant le constat que nous venons de faire, *se trouve simultanément livrée à la discussion, à l'échange intersubjectif*. Les arguments avancés par le magistrat sont désormais *soumis à l'appréciation critique* de ceux qui prendront connaissance de ce discours, autrement dit des récepteurs du texte. Ces arguments convaincront ou non ces derniers ; leur force sera, le cas échéant, évaluée par eux. Les récepteurs du texte pourront adopter une multitude de réactions. Certains se montreront pleinement convaincus par la conclusion retenue par le magistrat, ainsi que par l'argumentation qu'il expose. D'autres souscriront à la thèse défendue, sans pour autant souscrire aux arguments ou à tel ou tel des arguments invoqués, ce qui les incitera à, au moins, tenter de trouver de meilleurs arguments. D'autres encore afficheront leur désaccord sur l'option retenue par le magistrat, et tenteront, dès lors, de déstabiliser l'argumentation qui la soutient – puisque c'est, maintenant, sur eux que reposera la charge, en quelque sorte, non seulement d'établir la fragilité de l'argumentation invoquée, mais également de lui en substituer une autre, censée être plus pertinente et donc plus convaincante, qui, par hypothèse, conforterait une autre option. Et si d'aucuns se trouvaient dans la situation, très inconfortable, de contester la conclusion du

⁵³⁶ L'hypothèse de la triche étant évidemment hors de propos, s'agissant de cette métaphore.

⁵³⁷ Entendue au sens de logique formelle.

magistrat, tout en étant dans l'incapacité d'établir les défauts ou de révéler les failles de son argumentation, l'exigence de « rationalité » les inviterait soit à convenir qu'il était rationnellement impossible ou difficile de se rallier à une autre option, soit à faire profil bas, en s'abstenant de toute prise de position publique – sauf bien entendu à afficher, clairement et publiquement, que leur appréciation se situe sur un terrain autre que strictement rationnel, et qu'elle revêt par exemple un caractère avant tout « idéologique », politique ou dogmatique (au sens usuel du terme). Quoi qu'il en soit, *le discours du conseiller rapporteur ou de l'avocat général* – avec, précisons-le, l'arrêt de la Cour de cassation, dont ils avaient initialement vocation à préparer la décision – *constituera, non pas un point d'arrivée, mais un point de départ*⁵³⁸ ; *il sera une façon, non pas de clore la discussion, mais, au contraire, de l'ouvrir. En plaçant délibérément le débat sur le terrain argumentatif.*

Une illustration permettra de concrétiser cette idée d'une ouverture vers un échange argumenté, de lui donner corps **(a)**. Nous inscrirons dans son prolongement deux dimensions, qui attestent du caractère heuristique de ce déploiement argumentatif **(b)** dans une perspective dialogique.

1. Une illustration éclatante : discussions autour de l'arrêt *Philippot* du 2 février 2006

Nous pourrions, de nouveau, solliciter les conclusions, examinées ci-dessus, de Monsieur Duplat, dans l'affaire *Lopes c/ Sté Matrax*, pour montrer comment l'argumentation du magistrat peut être soumise, en tant que telle⁵³⁹, à l'analyse critique⁵⁴⁰, mais il nous semble plus judicieux de convoquer une autre illustration récente. Et ce pour deux raisons, de portée très différente : d'abord pour enrichir notre propos, et éviter ainsi de focaliser notre attention sur un exemple, dont on pourrait penser – à tort ! – qu'il est marginal, donc peu représentatif des discours judiciaires des avocats généraux et des conseillers rapporteurs ; ensuite, parce qu'il nous faut, à ce stade, aborder, de front, une question, peut-être même une objection, que nous avons, jusqu'à présent, délibérément laissée en suspens – la question de savoir si les arguments invoqués par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux peuvent être appréhendés comme *les* arguments qui justifient la position consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt, dans l'hypothèse, bien sûr, où la Cour a, en définitive, adopté la solution que

⁵³⁸ Eventuellement un *nouveau* point de départ, si ce discours est publié quelques temps après que la communauté des juristes ait pu prendre connaissance de l'arrêt auquel il se rapporte.

⁵³⁹ Indépendamment donc de la question de savoir si la conclusion préconisée par ce magistrat mérite, à nos yeux, d'être ou non approuvée.

⁵⁴⁰ Celui qui voudrait procéder à l'examen critique de l'argumentation développée par Monsieur Duplat, dans les conclusions relatives à cette affaire, pourrait, par exemple, peut-être discuter la manière dont celui-ci caractérise les « postulats » de la thèse du pourvoi, en mettant, en particulier, l'accent sur la notion de *préjudice subi* par le salarié (ce qui ne semble pourtant pas constituer un élément clef de la thèse en question), contester son approche visant à identifier l'*objet implicite* de l'article L. 124-7-1 du Code du travail ou à dégager une *conception implicitement* consacrée, selon lui, par la jurisprudence relative à la date d'effet du contrat à durée indéterminée en cas de requalification, mettre en doute l'idée que le législateur ait, comme il le prétend, véritablement entendu consacrer la notion de « chaîne de contrat » ou se soit inspiré de celle-ci lorsque fut adopté l'article précité, critiquer la référence faite au principe d'égalité de traitement dans une hypothèse qui ne relève pas le moins du monde de son champ d'application en droit positif français, relativiser la portée de l'argument tiré de l'avis de la Cour de cassation (dans la mesure où cet avis, *en soi*, ne justifie rien, et peut même s'apparenter à un argument d'autorité), etc. Resterait, toutefois, pour celui qui entend défendre la thèse défendue par le pourvoi, à invoquer, *en outre*, par-delà donc la critique des arguments de l'avocat général, des arguments susceptibles de convaincre de la pertinence de la solution qu'il préconise.

préconisai(en)t ce (ou ces) magistrat(s)⁵⁴¹. Cette illustration sera tirée du rapport établi par Monsieur Pierre Bailly, dans l'affaire *Philippot et a. c/ Albert et a.*, qui donna lieu à un important arrêt – assorti de la mention « P+B+R+I » – rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 2 février 2006⁵⁴², rapport qui fut publié, sous une forme remaniée, dans le numéro de la *Semaine sociale Lamy* daté du 6 février 2006 (soit quatre jours à peine après que la décision a été rendue), sous le titre « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective »⁵⁴³. Ce rapport, cependant, ne constituera que l'une des composantes de notre illustration, puisque nous allons lui associer la chronique – en fait, le commentaire critique – publiée par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, dans le numéro *Revue de Jurisprudence Sociale* du mois d'avril 2006, et dont le titre raisonne comme un écho à celui choisi pour la publication du rapport : « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective »⁵⁴⁴.

Le choix de cette illustration

Notre démarche appelle, à cet égard, quelques explicitations. Pourquoi assortir ainsi le rapport établi par le conseiller de la Chambre sociale de la Cour de cassation du commentaire critique proposé par ces auteurs ? Pourquoi, d'ailleurs, retenir *ce* commentaire, plutôt qu'un autre ? Le choix, qui est le nôtre, s'explique par les fonctions qu'exerça, pendant de nombreuses années, au sein, précisément, de la Chambre sociale, l'un des coauteurs – Monsieur Jean-Yves Frouin, en l'occurrence. Sans vouloir minimiser la contribution du cosignataire de cet article⁵⁴⁵, il nous semble que la mission qu'assura au sein de cette juridiction, dans le cadre de laquelle il élaborait lui-même de multiples rapports, dont un nombre significatif donna lieu à publication, autorise à considérer que la conception même de ce commentaire critique, le mode de raisonnement et le type d'argumentation qui s'y trouvent déployés, tiennent compte du *statut* que peuvent se voir reconnaître les rapports – et, par extension, les conclusions – publiés, lorsque bien sûr ils sont suivis par la formation collégiale qui rend la décision, ainsi que ce que sont, en définitive, les *attentes* des magistrats de la Cour, s'agissant des commentaires et analyses que les auteurs font de leurs arrêts. L'on peut en effet (raisonnablement) supposer, pensons-nous, que Monsieur Jean-Yves Frouin, qui raisonne, voire agit, en magistrat⁵⁴⁶, a une conscience particulièrement affûtée de ce qui est "utile" aux magistrats de la Cour de cassation, lorsque ceux-ci ont rendu un arrêt, surtout s'il s'agit d'un arrêt de principe et/ou portant sur une question difficile, délicate ou sensible. C'est précisément en cela que la confrontation de cet article au rapport rédigé par Monsieur Pierre Bailly se révèle, comme nous le verrons, singulièrement riche en enseignements, *sous l'angle de la discussion argumentée à laquelle est susceptible de donner lieu la publication de rapports ou de conclusions*⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ Ce qui, répétons-le, est de loin l'hypothèse la plus importante, statistiquement, s'agissant des rapports et des conclusions *donnant lieu à publication*.

⁵⁴² Cass. soc. 2 fév. 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1247, p. 9 ; *RJS* 2006, n° 412 (1^{ère} esp.).

⁵⁴³ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *Rapport Cass. soc.* 2 fév. 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1247, p. 5 et s.

⁵⁴⁴ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 2006, p. 251 et s.

⁵⁴⁵ Complétant la mention « Avocat stagiaire » apposée aux côtés de son nom, une première note de bas de page présente Monsieur Christophe Frouin ainsi : « Titulaire du DESS « Juriste de droit social » de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Directeur : G. Couturier ».

⁵⁴⁶ Rappelons à titre purement indicatif que Monsieur Jean-Yves Frouin a quitté la Chambre sociale de la Cour de cassation, mais qu'il exerce toujours les fonctions de magistrat, en qualité de conseiller à la Cour d'appel de Poitiers, étant précisé qu'il est, par ailleurs, Professeur associé à l'Université de Tours.

⁵⁴⁷ Celles et ceux qui tendent à tout appréhender – même la vie ! – en termes de conflits et/ou de pouvoirs (en action) ne manqueront peut-être pas de décoder, de décrypter, le commentaire critique cosigné par Monsieur Jean-

L'affaire

Notre démarche étant, sur ce point, éclaircie, nous pouvons, à présent, entreprendre l'examen, *dans un premier temps*, du rapport de Monsieur Bailly. Résumons sommairement les circonstances de l'affaire soumise au contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Une société d'assurance avait été placée en liquidation judiciaire. Un plan de sauvegarde de l'emploi fut alors présenté par les liquidateurs judiciaires, dont la version initiale prévoyait d'attribuer 34 millions de francs à la majoration des indemnités de rupture et 3 millions de francs au financement de mesures de reclassement externe. Par la suite, le juge-commissaire fixa à 3 millions de francs le montant de la somme qui pouvait être affectée au financement du plan. Celui-ci fut modifié en conséquence. La nouvelle (et ultime) version du plan ne comportait plus que des mesures d'aide au reclassement externe, les mesures de majoration des indemnités de rupture étant, quant à elles, abandonnées. Une partie des salariés licenciés pour motif économique en novembre 2001 ayant saisi le juge prud'homal d'une demande en annulation de leur licenciement en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, le Conseil de prud'hommes puis la Cour d'appel de Paris ont considéré que les licenciements étaient nuls, du fait de l'insuffisance du plan, et ont condamné les liquidateurs judiciaires à verser aux salariés, non des indemnités pour licenciement nul (ce qui aurait été logique...), mais des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les liquidateurs formèrent alors un pourvoi en cassation, qui posait, essentiellement, trois questions. Nous ne nous attarderons pas sur les deux premières, lesquelles portaient sur la question de savoir, d'une part, si le juge prud'homal se trouve lié, dans l'appréciation de la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont l'entreprise dispose (exigence de proportionnalité), par les limites que le juge-commissaire a pu mettre aux facultés contributives de l'employeur, et si, d'autre part, les mesures consistant en la majoration d'indemnités de rupture peuvent être considérées comme des mesures de reclassement, et être ainsi prises en compte, dans le cadre de l'appréciation judiciaire de la pertinence ou de la valeur du plan. S'agissant du premier point, le conseiller rapporteur soutiendra que le pouvoir d'appréciation du juge prud'homal ne saurait être limité par la décision du juge-commissaire de nature à réduire les facultés financières de l'entreprise, la solution contraire revenant, explique-t-il, à ériger le juge de la procédure collective en juge de la valeur du plan social (ou plan de sauvegarde de l'emploi)⁵⁴⁸. Quant au second point, il fera valoir que, si le plan, au regard de la finalité que lui assigne l'article L. 321-4-1 du Code du travail, ne peut se limiter à des mesures financières, l'appréciation des moyens dispose l'employeur pour favoriser le reclassement externe des salariés licenciés – spécialement dans l'hypothèse où aucun reclassement interne n'apparaît envisageable – doit prendre en compte les mesures indemnitaires susceptibles d'être versées à ces derniers, puisqu'elles concourent à cet objectif

Yves Frouin sur le mode « conflictuel » ou de la « lutte de pouvoirs »... Pour notre part, nous tiendrons soigneusement à distance cette projection, sur la réalité qui nous intéresse ici, d'une « vision du monde », qu'au demeurant, nous jugeons passablement caricaturale, et, pour tout dire, idéologique. Dès lors qu'une telle conception se révèle globalisante ou totalisante, elle se transmute, selon nous, en vision « déformante » de la réalité ; c'est alors une forme de réductionnisme qui, à travers elle, est à l'œuvre.

⁵⁴⁸ « Il va de soi que [la] vérification de la pertinence du plan social au regard des moyens dont l'entreprise doit être effectuée même lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective (...). Elle tiendra alors compte, nécessairement, des limites que la situation de l'entreprise apporte à ses capacités contributives, comme de la difficulté qu'elle peut rencontrer pour mettre en place un plan social dans les brefs délais imposés pour la notification des licenciements économiques, dans la liquidation judiciaire. *Mais il ne semble pas que le pouvoir d'appréciation du juge prud'homal puisse être affecté par une décision qu'a pu prendre le juge-commissaire et qui est de nature à réduire les facultés financières de l'entreprise, sauf à faire du juge de la procédure collective le juge de la valeur du plan social* » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 6, se référant à une observation faite par le Professeur Raymonde Vatinet). Souligné par nous.

de reclassement externe précisément⁵⁴⁹. Cette double analyse sera entérinée par la Cour de cassation⁵⁵⁰, laquelle considérera que les juges du fond pouvaient déduire de ces considérations le caractère insuffisant du plan de sauvegarde de l'emploi finalement arrêté (donc sa nullité)⁵⁵¹.

*Reste la troisième question, de loin la plus complexe et délicate : quelle est la sanction de l'insuffisance du plan social⁵⁵² établi dans le cadre d'une procédure collective ? C'est là, en vérité, que réside l'apport principal de l'arrêt rendu par la Cour de cassation⁵⁵³. Et c'est sur cet aspect que se concentre le commentaire critique de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin. Notre attention se focalisera donc exclusivement sur cette question, ou, plus précisément, sur les *argumentations* auxquelles elle donna lieu, tant du côté du conseiller rapporteur que de celui des auteurs susnommés.*

Les données du problème

Si cette question apparaissait relativement délicate et complexe, c'est parce les « données », si l'on peut dire, l'étaient, elles aussi, singulièrement. Il n'est sans doute pas inutile de les rappeler⁵⁵⁴, avant que d'identifier les principaux rouages de l'argumentation développée par le conseiller rapporteur, à ce sujet.

Dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 1^{er} février 2000, résultant de la loi du 27 janvier 1993, l'article L. 321-9 du Code du travail, propre aux procédures collectives, imposait au liquidateur de consulter le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, suivant le cas, dans les conditions prévues notamment par l'article L. 321-4. Ce texte précisait, quant à lui, que l'employeur, en présence d'un projet de licenciement d'au moins dix salariés pendant une même période de trente jours, doit soumettre aux représentants du personnel « les mesures ou le plan social défini à l'article L. 321-4-1 qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en réduire le nombre et faciliter le reclassement ». Comme le rappelle Monsieur Du-

⁵⁴⁹ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, pp. 6-7 : « lorsque des reclassements internes sont impossibles, l'attribution d'indemnités de rupture majorées peut être de nature à faciliter la recherche d'un reclassement externe, en offrant au salarié des possibilités financières nécessaires à une reconversion professionnelle. Dès lors, si un employeur qui se borne à prévoir dans le plan des mesures financières ne satisfait pas aux exigences légales, il n'en résulte pas pour autant que l'appréciation des moyens dont il dispose pour favoriser le reclassement externe des salariés licenciés doit faire abstraction des avantages indemnitaires qu'il est en mesure de proposer au personnel, pour permettre la recherche d'un nouvel emploi ».

⁵⁵⁰ « Mais attendu que la cour d'appel, à laquelle il revenait de se prononcer sur la pertinence du plan social au regard des moyens de l'entreprise, sans être liées par les appréciations portées sur ce point par le juge-commissaire et le tribunal de commerce, d'une part, a fait ressortir que les indemnités prévues dans la première version du plan social contribuaient à favoriser le reclassement professionnel des salariés licenciés, d'autre part, a relevé, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les moyens dont disposait l'entreprise lui permettaient de prendre en charge le paiement de ces indemnités, supprimées dans la dernière version du plan ; qu'elle a pu en déduire que le plan social finalement arrêté étant insuffisant » (Cass. soc. 2 fév. 2006, préc.).

⁵⁵¹ Précisons que cette conclusion, et le raisonnement qui y conduit, ne seront pas discutés par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin dans leur chronique (préc.).

⁵⁵² Ou plan de sauvegarde de l'emploi.

⁵⁵³ Comme en témoigne d'ailleurs le titre retenu pour la publication du rapport de Monsieur Jacques Duplat : « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective ».

⁵⁵⁴ La notion de « données » (les guillemets s'imposent) impliquant que les éléments concernés présentent un caractère « objectif » (c'est la raison pour laquelle les guillemets s'imposaient), nous présenteront, en guise de préalable nécessaire, les éléments qui ne donnent pas lieu à divergences de vues ou d'appréciation dans le rapport de Monsieur Jacques Duplat et la chronique de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin.

plat, « il en résultait, de façon indirecte, qu'un licenciement prononcé par le liquidateur judiciaire sans présentation d'un plan social était atteint de nullité et ouvrait droit à indemnisation à ce titre, puisque l'article L. 324-4-1 auquel il était ainsi renvoyé prévoyait cette sanction (*Cass. soc.*, 19 févr. 2002, n° 98-45.526 ; *Cass. soc.*, 23 févr. 2005, n° 02-43.418) »⁵⁵⁵. Jusque là, les choses apparaissaient claires... Cependant, la loi *Aubry II* du 19 janvier 2000 est venue modifier l'article L. 321-9, en y insérant un renvoi explicite à l'article L. 321-4-1, « à l'exception du deuxième alinéa », selon les termes du texte légal. Cette exclusion se justifiait, à l'époque, par le fait que le législateur entendait simultanément modifier le second alinéa de l'article L. 321-4-1, pour y introduire, à cette place précise, ce que l'on appela « l'amendement Michelin », lequel visait à imposer à l'employeur de conclure un accord de réduction du temps de travail ou d'engager des négociations à cet effet avant de mettre en place un plan social. Seulement cette disposition fut invalidée par le Conseil constitutionnel le 13 janvier 2000, si bien que le deuxième alinéa de l'article L. 321-4-1 se trouvait *ipso facto* « rétabli dans sa rédaction antérieure »⁵⁵⁶. Le Conseil constitutionnel n'ayant cependant pas, dans le même temps, censuré le renvoi au second alinéa de l'article L. 321-4-1, opéré par l'article L. 321-9, la référence à ce second alinéa renvoyait « de nouveau »⁵⁵⁷ à la disposition portant sur la sanction de l'absence de plan social⁵⁵⁸. Mais les complications ne s'arrêtent pas là...

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ressuscita « l'amendement Michelin », selon des modalités qui prenaient en compte les motifs de la censure du Conseil constitutionnel, et déclina ce dispositif dans les nouveaux alinéas 2, 3 et 4 de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, l'insertion de ces trois nouveaux alinéas ayant pour effet de placer l'alinéa relatif à la nullité de la procédure en cinquième position. Corrélativement, le législateur modifiait l'article L. 321-9, en prévoyant l'application de l'article L. 321-4-1 en cas de procédure collective, « à l'exception des deuxième, troisième et quatrième alinéas », le cinquième alinéa n'étant pas visé, quant à lui. Par la suite, la loi *Fillon* du 3 janvier 2003 est venue suspendre plusieurs dispositions de la loi de modernisation sociale, parmi lesquelles, d'une part, les alinéas 2, 3 et 4 de l'article L. 321-4-1 relatifs à l'obligation de négocier un accord de réduction du temps de travail avant de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, et, d'autre part, la modification de l'article L. 321-9, rétablissant ainsi ce dernier dans sa rédaction antérieure. La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, actuellement en vigueur, a définitivement abrogé les dispositions précitées qui avaient été suspendues. Tel est, à l'heure actuelle, l'état des dispositions légales en vigueur, puisque la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde de l'entreprise n'a pas supprimé, au sein de l'article L. 321-9, la formule « à l'exception du deuxième alinéa » de l'article L. 321-4-1 du Code du travail – la formule qui pose problème...

Ces « données » (que nous dénommons ainsi, parce qu'elles ne sont – *sous cette forme* – contestées ni par Monsieur Pierre Bailly, ni par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin) constituaient un passage obligé, devant nécessairement précéder l'examen des raisonnements argumentés que ceux-ci ont respectivement développé. Cette piqure de rappel (des secousses ayant affecté le droit *législatif* du licenciement économique, ces dernières années) nous autorise dé-

⁵⁵⁵ J. Duplat, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁵⁶ Selon la formule utilisée par : J. Duplat, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 7. C'est là, bien sûr, un abus (ou, du moins, une facilité) de langage, puisque, faute pour l'amendement « Michelin » d'avoir vu le jour (à cette époque), le second alinéa de l'article L. 321-4-1, en tant que tel, ne fut pas modifié par la loi du 19 janvier 2000.

⁵⁵⁷ L'emploi de ce terme est, en réalité, inapproprié – nous en sommes bien conscient : cf. la note précédente.

⁵⁵⁸ Hypothèse à laquelle la jurisprudence assimile l'insuffisance du plan social.

sormais à focaliser notre regard sur la *teneur argumentative* des raisonnements qui, à partir de ces éléments, vont défendre des orientations diamétralement opposées.

L'argumentation du conseiller rapporteur

Commençons, en premier lieu, pour maintenir cohérence de notre cheminement, par examiner de près l'argumentation déployée par Monsieur Pierre Bailly dans son rapport.

Examinant la troisième question formulée plus haut (laquelle constituait, en fait, la quatrième branche du moyen), le conseiller rapporteur procède assez logiquement à un raisonnement en deux grandes étapes : il envisage la question de savoir si l'absence de plan social⁵⁵⁹ (ou son insuffisance) entraîne, lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, la nullité de la procédure de licenciement, avant que de s'interroger sur l'indemnisation à laquelle les salariés ont, le cas échéant, droit. La première étape posant, en réalité, un *problème d'interprétation*, à proprement parler, c'est à *elle seule* que nous nous intéresserons, notre objectif n'étant pas, on l'aura compris, d'envisager la teneur même des réponses qui seront apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation aux questions posées, mais l'argumentation avancée par le magistrat dans son rapport.

La façon dont Monsieur Pierre Bailly engage son raisonnement – dans la partie de son rapport consacrée aux « conséquences de la nullité éventuelle du plan social »⁵⁶⁰ – mérite, à notre sens, de retenir, en tant que telle, l'attention. Ses premiers développements visent *de prime abord*, à l'instar de la présentation que nous venons de faire, à *retracer* les interventions successives du législateur, au cours de ces dernières années, qui ont conduit à modifier (et à *re-modifier*, etc.) les dispositions applicables en la matière. Après avoir, brièvement, rappelé l'état des textes en vigueur jusqu'au 1^{er} février 2000, le conseiller de la Chambre sociale de la Cour de cassation s'emploie ainsi, *apparemment*, à faire état de ce qu'il n'hésite pas à appeler les « errements du législateur »⁵⁶¹. Pourtant, à bien le lire, cet exposé laisse entrevoir la conception que le magistrat développera quelques lignes plus loin. Il nous semble, à cet égard, symptomatique de relever que, chaque fois qu'il indique que, par son intervention, le législateur a supprimé, institué ou restauré, même malencontreusement, le « renvoi d'exclusion », opéré par l'article L. 321-9 à l'alinéa de l'article L. 321-4-1 relatif à la nullité de la procédure de licenciement, Monsieur Pierre Bailly tire de ce *seul* élément *textuel* une conséquence immédiate, concernant l'applicabilité ou non de cette disposition en cas de procédure collective⁵⁶². *Du sort fait*, par le législateur, à ce *renvoi textuel*, le magistrat *déduit*, pour chacune des étapes de l'évolution législative en la matière, une conclusion, qu'il présente comme *certaine*, quant à l'applicabilité ou non de la sanction de la nullité de la procédure de licenciement⁵⁶³. L'on serait ainsi passé, tour à tour, de la règle (A) à la règle (B), puis de la

⁵⁵⁹ Ou plan de sauvegarde de l'emploi.

⁵⁶⁰ Pour reprendre les termes employés par Monsieur Bailly, dans l'intitulé de la troisième partie de son rapport.

⁵⁶¹ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁶² A propos de la modification de l'article L. 321-9 par la loi *Aubry II* du 19 janvier 2000, Monsieur Bailly affirme ainsi : « Il résultait donc de cette rédaction que l'absence de plan social ne pouvait, dans une procédure collective, entraîner la nullité des licenciements économiques et ouvrir droit à l'indemnisation qui s'y attache » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 7). Et l'on retrouve, bien sûr, une considération similaire, quand le magistrat envisage les conséquences de la suspension de certaines dispositions de la loi dite de modernisation sociale par la loi du 3 janvier 2003 : « Il résultait donc de ce texte que la nullité des licenciements économiques n'était plus encourue en ce cas, dans le cadre d'une procédure collective » (*Ibid.*). A chaque fois, on le voit, l'incidence normative de l'intervention du législateur est présentée, implicitement, comme une sorte d'*évidence*, s'imposant d'elle-même.

⁵⁶³ En témoigne le passage suivant, dans lequel Monsieur Bailly résume les *retournements* successifs, qui, selon lui, sont intervenus : « En résumé, alors que le défaut de présentation d'un plan social entraînait la nullité des li-

règle (B) à la règle (A), pour revenir, à nouveau, de la règle (A) à la règle (B), si l'on suit son raisonnement. *Faisant de ce renvoi textuel le pivot exclusif de la règle, et donc de la sanction, applicables, sous une forme quasiment automatique, Monsieur Bailly donne le sentiment de ne pas interpréter les textes en cause*⁵⁶⁴, et de ramener le raisonnement à suivre à un simple syllogisme.

Ce sentiment se trouve conforté par les considérations qui suivent immédiatement sa présentation des modifications ayant affecté la rédaction de l'article L. 321-9, ainsi que de l'article L. 321-4-1, du Code du travail⁵⁶⁵. En deux phrases, l'affaire semble entendue, et le problème résolu : « En l'espèce, les licenciements sont intervenus sous l'empire de la loi du 19 janvier 2000. Il résultait donc du rapprochement des articles L. 321-9 et L. 321-4-1, tels qu'ils étaient alors rédigés, que l'insuffisance du plan social n'entraînait pas la nullité de la procédure de licenciement lorsque l'employeur faisait l'objet d'une procédure collective »⁵⁶⁶. Ainsi réduit à sa plus simple expression, ce raisonnement prend la forme d'un *syllogisme parfait* : l'insuffisance du plan social n'entraînait pas la nullité de la procédure de licenciement en cas de procédure collective, au regard des textes issus des modifications introduites par la loi du 19 janvier 2000 (*majeure*) ; or les licenciements économiques sont intervenus sous l'empire de cette loi (*mineure*) ; donc la règle précitée devait s'appliquer en l'espèce (*déduction ou conclusion*). Le raisonnement du magistrat s'arrêterait probablement là, si cette thèse – qui, on l'aura compris, a sa faveur – n'était celle que défendent, dans une branche du moyen, les liquidateurs judiciaires et que les juges du fond ont écarté⁵⁶⁷, celle-là même que l'argumentation des salariés tend à ruiner. Et c'est précisément le constat de cette divergence (à l'origine du problème juridique qui est posé à la Cour), qui va, sinon « contraindre », en tout cas conduire, le conseiller rapporteur à sortir du cadre syllogistique, pour tenter de *justifier* la prémisse normative du raisonnement auquel il souscrit. Ainsi quitte-t-on le terrain de la justification *interne*, pour investir celui de la justification *externe*. Le moment est donc venu, pour l'*argumentation*, de rentrer en scène. Et, pour l'explicite, de supplanter l'implicite.

La « phase argumentative » du raisonnement de Monsieur Pierre Bailly, à cet égard, s'engage par la *présentation de l'argumentation défendue par les salariés*, pour s'opposer à cette bran-

ciements économiques et le régime indemnitaire qui s'y attache, même en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, la loi du 19 janvier 2000 a exclu (par inadvertance) cette sanction dans les procédures collectives, laquelle a ensuite été rétablie en 2002 par la loi de modernisation sociale, puis supprimée à nouveau en 2003 et 2005. La loi du 26 janvier 2005 sur la sauvegarde des entreprises n'a rien changé à la situation actuelle, puisque l'article L. 321-9 du Code du travail, tel qu'il résulte de l'article 165 de cette loi, écarte toujours le deuxième alinéa de l'article L. 321-4-1 en cas de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, pp. 7-8).

⁵⁶⁴ En réalité, comme le révèle la suite de son raisonnement, le contournement de l'interprétation n'est qu'apparent : ce mirage est dû au double fait que le conseiller rapporteur *procède à une interprétation littérale* des dispositions légales, *en se prévalant de leur* (prétendu) « *sens clair* ».

⁵⁶⁵ Il est révélateur que ces développements soient regroupés sous un titre, qui semble annoncer un raisonnement purement syllogistique : « *Quelle règle appliquer ?* » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8 – en gras dans le texte d'origine).

⁵⁶⁶ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶⁷ Tantôt implicitement, tantôt expressément, d'après les indications que donne le magistrat : « La Cour d'appel, qui a confirmé les jugements en ce qu'ils avaient fondé l'indemnisation des salariés sur la nullité de la procédure de licenciement tenant à l'insuffisance du plan social, n'a pas répondu dans ses arrêts à ce moyen de défense. Pour sa part, le conseil de prud'hommes avait répondu aux liquidateurs judiciaires, qui invoquaient déjà ce moyen, qu'ils effectuaient « *une interprétation erronée de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail, lequel ne prétend pas à l'exclusivité de la sanction énoncée au seul cas cité* » », motivation, ajoute Monsieur Pierre Bailly, « dont il n'est pas évident de saisir le sens » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8).

che du moyen, dans un paragraphe qu'il intitule « *L'intention du législateur* »⁵⁶⁸. Le raisonnement défendu par les salariés, énonce le magistrat, procède, en fait, d'une analyse approfondie de la chronologie des textes légaux, laquelle autoriserait à conclure que « la rédaction de l'article L. 321-4-1 issue de la loi du 19 janvier 2000 résulte d'une « malfaçon législative » »⁵⁶⁹. Le noyau dur de leur argumentation tiendrait ainsi dans la considération qu'il conviendrait de « *s'attacher, au-delà de la lettre des textes, à la volonté du législateur*, qui n'était pas alors de supprimer, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, la sanction de la nullité des licenciements prononcés à la suite de l'établissement d'un plan social insuffisant »⁵⁷⁰ – ce que révéleraient les *travaux préparatoires* de la loi *Aubry II*, de la loi du 17 janvier 2002, et de la loi du 25 janvier 2005, qu'ils invoquent respectivement. *En somme, l'argumentation des salariés reposerait, tout entière, sur l'idée* – issue de la conception classique de l'interprétation juridique et héritée du modèle philologique d'interprétation – *que, la rédaction des textes apparaissant défectueuse (en ce qu'elle ne traduit point la volonté du législateur), il convient de faire prévaloir sur la lettre des textes ce qui fut la volonté du législateur*⁵⁷¹.

Monsieur Pierre Bailly, on s'en doute, va s'employer à déstabiliser cette argumentation et tenter d'en faire ressortir les failles, ou les faiblesses. La « stratégie », qu'il va engager, à cet égard, mérite d'être suivie à la trace. Il suffit de la décortiquer pour constater qu'elle procède en plusieurs étapes. Dans une *premier temps*, le conseiller rapporteur annonce qu'il ne discutera pas la pertinence de la « démonstration » visant à caractériser les « errements du législateur »⁵⁷² – ce qui revient à déclarer qu'il n'investira pas ce terrain, et plus spécialement celui de l'analyse des travaux préparatoires des lois successives (en vue de mettre en évidence des errements)⁵⁷³. Sans remettre en cause frontalement la directive (classique) d'interprétation à laquelle se réfèrent, au moins implicitement, les salariés, ni la conception de l'interprétation qui la sous-tend, le magistrat va apporter à cette directive, plus qu'une nuance, une *limite* en réalité – issue, elle aussi, de la conception *classique* de l'interprétation juridique, mais *procédant d'une autre directive d'interprétation : la directive selon laquelle il n'y aurait pas lieu d'interpréter un texte clair*.

C'est le *second temps* de son argumentation. Cette limite revient à prétendre qu'il n'y a lieu de faire prévaloir la volonté du législateur sur la lettre de la loi, même lorsque la confection ou l'élaboration de celle-ci s'est révélée défectueuse, *que* dans l'hypothèse où ce texte ne présente pas un caractère « clair ». Ou encore que, lorsque le texte (de loi) est « clair », il n'y a pas lieu de l'interpréter en faisant prévaloir la volonté de son auteur (le législateur) sur sa lettre. Cette considération sous-tend littéralement l'argumentation de Monsieur Pierre Bailly. Il n'est que de le citer, pour s'en convaincre : « le texte issu de la loi du 19 janvier 2000 ne

⁵⁶⁸ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8. En gras dans le texte original.

⁵⁶⁹ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷⁰ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷¹ Voilà qui démontre, s'il en était besoin, que la vision, consistant à assimiler ou identifier l'interprétation d'un texte (de loi) à la recherche de l'intention de son auteur, ne constitue, en aucune façon, une thèse « patronale »... La proposition contraire – nous l'avions montré dans notre « Chapitre préliminaire », ne repose, à notre sens, sur aucun fondement solide.

⁵⁷² Le paragraphe, dans lequel le magistrat se propose de répondre à l'argumentation des salariés, commence, en effet, par cette formule : « *Quelle que soit la pertinence de cette démonstration des errements du législateur, il n'en demeure par moins (...)* » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8, souligné par nous).

⁵⁷³ Il en viendra néanmoins, comme nous allons le voir, à invoquer les travaux préparatoires de la loi du 25 janvier 2005, mais dans une optique nettement distincte de celle adoptée par les salariés, puisqu'elle sera tournée vers un autre objectif que la « démonstration des errements du législateurs », pour reprendre sa formule.

souffre d'*aucune ambiguïté qui pourrait justifier une interprétation contraire à ce qu'il dit* ». Et le magistrat de justifier cette appréciation : « *Il résulte en effet sans aucune incertitude du rapprochement des articles L. 321-4-1 et L. 321-9 que le second alinéa du premier texte, sanctionnant l'absence de plan social par la nullité de la procédure de licenciement, n'était pas applicable en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur, jusqu'à ce que la loi de modernisation sociale vienne supprimer (temporairement...) cette anomalie...* »⁵⁷⁴. Ces considérations révèlent que le magistrat distingue soigneusement ici la "défectuosité" du texte légal, assimilée à une sorte de vice de construction, et son "ambiguïté", entendue comme une absence de « clarté » – là où le raisonnement des salariés soit se dispensait en quelque sorte de transiter par la seconde notion, soit la faisait découler de la première⁵⁷⁵. Monsieur Bailly fait de la question de la « clarté » intrinsèque⁵⁷⁶ du texte légal un préalable à l'activité interprétative, mettant ainsi en œuvre⁵⁷⁷ la « doctrine du sens clair des textes ». La « clarté » du texte, énonce-t-il, doit prévaloir sur la volonté du législateur : « *il ne semble pas que la Cour de cassation puisse faire prévaloir l'intention du législateur, telle qu'elle s'évince des travaux préparatoires et de la chronologie des événements, sur le texte clair de la loi finalement promulguée* »⁵⁷⁸. En d'autres termes, puisque le texte est « clair », il n'y a pas à confronter sa lettre à l'intention (ou la volonté) du législateur. Il focalise, de la sorte, son argumentation, *au regard du « schéma » que la doctrine classique se faisait du raisonnement interprétatif*, sur une étape antérieure à celle où se concentre l'argumentation des salariés : il récuse la nécessité de procéder à une interprétation, et, donc, le besoin de rechercher ce qu'a été ou pu être la volonté du législateur, parce que le texte présente, selon lui, un caractère « clair », tandis que l'argumentation des salariés, prenant directement corps sur le terrain interprétatif, consistait à mobiliser une des directives préconisées par la doctrine classique pour interpréter les textes légaux (sous réserve qu'ils dussent être interprétés, en raison de leur manque de « clarté »).

On le voit, les argumentations respectives du conseiller rapporteur et des salariés se situent résolument sur des *registres différents*, bien que se référant, implicitement, à un même modèle d'interprétation, le modèle classique. Elles ne pouvaient donc, jusque là, se télescoper. Sous cet angle précis, la *troisième phase* de l'argumentation du magistrat *semble* opérer une rupture. Comme pour "enfoncer le clou", le magistrat ajoute, en effet, à son argumentation une ultime considération qui se situe, quant à elle, sur un terrain argumentatif, *en apparence* très proche de celui qu'avaient investi les salariés pour contrecarrer la thèse du pourvoi. Sur le mode de l'argumentation subsidiaire, et en dépit des considérations précédentes, Monsieur Bailly accepte, contre toutes attentes, de prendre en considération la « volonté » du législateur... Jugeant douteux que la Cour de cassation puisse faire prévaloir la volonté du législateur sur le texte « clair » de la loi qui a été promulguée, le magistrat ajoute la considération suivante : « On y sera d'autant moins porté, depuis la loi de 2005, que bien que cette anomalie ait été perçue lors des travaux préparatoires, le législateur n'a finalement pas modifié le texte de

⁵⁷⁴ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8. Souligné par nous.

⁵⁷⁵ Si cette seconde option est la bonne (ce qu'il est impossible d'affirmer avec certitude sur la base des éléments dont nous disposons), cela signifierait que l'argumentation du magistrat, d'un côté, et celle des salariés, de l'autre, se réfèrent à deux conceptions différentes de la « clarté », puisque, pour le premier, la « clarté » d'un texte se conçoit à *l'aune exclusivement de sa rédaction*, autrement dit de sa lettre, tandis que, pour les seconds, la « clarté » du texte s'apprécierait également à *l'aune d'un contexte* – ici, le contexte d'élaboration.

⁵⁷⁶ Voir la note précédente.

⁵⁷⁷ Nous éviterons de dire qu'il y souscrit, d'une part, parce que nous n'en savons rien (!), et, d'autre part, parce que son raisonnement, dès lors qu'il est issu du rapport établi dans le cadre du processus de décision au sein de la Chambre sociale de la Cour de cassation, se situe résolument dans l'action

⁵⁷⁸ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8.

l'article L. 321-9, en sorte que *la volonté du législateur de revenir sur l'exclusion de la sanction de la nullité dans les procédures collectives est aujourd'hui des plus incertaines...* »⁵⁷⁹. S'il est effectivement question de la volonté du législateur, il est manifeste que cette notion se trouve ici appréhendée de façon différente que dans l'argumentation des salariés. Alors que cette dernière se prévalait notamment des travaux parlementaires de la loi *Aubry II*, dont sont issues les rédactions des textes applicables au litige, en vue de tenter de caractériser la « volonté historique » du législateur, à l'époque où ces dispositions avaient été adoptées, c'est à la « volonté actuelle » du législateur que se réfère le magistrat, dès lors qu'il se focalise sur les (seuls) travaux préparatoires de la loi de 2005. Le conseiller rapporteur a, semble-t-il, voulu fragiliser l'argumentation défendue par les salariés, en montrant que les ressorts sur lesquels elle s'appuie sont fragiles – et discutables. Il n'en est pas moins resté aux abords de cette argumentation en contournant subtilement la question ou le problème des « errements » du législateur à l'époque de l'adoption des textes applicables au litige, et n'a tenté d'y répondre que par la marge. Le "clou" paraît certes enfoncé, mais tout de même un peu *en biais*.

Cette ultime considération, évidemment imagée, et, précisons-le, dénuée de toute connotation négative, nous amène à formuler deux observations qui ont trait à la manière dont le conseiller rapporteur façonne et conduit son argumentation, auxquelles nous ajouterons un troisième ordre de considérations, peut-être plus anecdotiques.

Notre première observation concerne la coexistence, et, dans une certaine mesure, l'alternance, d'un discours de type *rhétorique* et d'un discours de type *argumentatif* dans le raisonnement que propose le magistrat. Si l'on veut bien admettre, avec le Professeur Michel Meyer, que la différence essentielle entre rhétorique et argumentation tient au fait que la première tend à traiter une question par le biais de la réponse, en faisant comme si le problème ne se posait pas, tandis que la seconde prend le problème à bras-le-corps, en abordant de front les alternatives qui sont en jeu, il est permis de voir se succéder, dans le raisonnement du conseiller rapporteur, ces deux modes de discours. Sans vouloir forcer le trait, il nous semble en effet que Monsieur Bailly s'inscrit dans une perspective « rhétorique » durant la première phase de ses développements, en faisant *comme s'il n'existait pas* de problème interprétatif, *mais en avançant néanmoins subrepticement les prémisses de la réponse qu'il entend retenir*, avant que de basculer sur le mode argumentatif, lorsqu'il vient à envisager les deux principales thèses en présence. Bien sûr, des nuances s'imposent : il y a de l'argumentation dans ce que l'on peut identifier comme la « phase rhétorique » de son raisonnement, de même qu'il y a de la rhétorique dans ce que nous avons appelé sa « phase argumentative » ; il n'est que de songer, concernant ce second aspect, à la forme de « dissymétrie » que maintient de magistrat entre son argumentation et celle qu'ont développée les salariés (celle qu'il entend combattre)⁵⁸⁰. Reste qu'en présentant dans son exposé chronologique des rédactions successives des textes légaux concernés, l'interprétation, qu'il préconisera en définitive, comme une évidence s'imposant d'elle-même, le conseiller rapporteur dresse, discrètement, une toile de fond qui tend à prédisposer le récepteur de ce discours, disons le lecteur, à accueillir favorablement la thèse qui a sa faveur. Cette toile de fond prépare son argumentation ultérieure, puisqu'elle accrédite incidemment l'option qui mérite, à ses yeux, d'être avant même que celle-ci soit confrontée à une autre thèse, qui, en raison même de cette toile, apparaîtra fragile, en tout cas en première approche. Dans une « stratégie » visant à convaincre *ou* à persuader, il est probable

⁵⁷⁹ P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸⁰ Cette « dissymétrie » se traduit, essentiellement, par le choix de ne pas aborder de plein front la question de l'incidence des « errements du législateur » dans la confection ou l'élaboration des dispositions, *dans leur rédaction applicable au litige*.

qu'une telle démarche ne soit pas dénuée d'efficacité. C'est là que l'image du clou enfoncé en biais perd toute connotation négative : le clou, à partir du moment où un obstacle se présente dans son axe vertical, s'enfoncera mieux s'il est orienté de façon oblique.

La seconde observation, que nous souhaitons formuler, se rapporte à la manière, dont on peut se demander s'il convient ou non de la qualifier de stratégique, qu'a Monsieur Bailly, dans ce rapport, de bâtir son argumentation à partir de *présupposés partagés* par ceux qui défendent la thèse opposée. Que cette orientation soit délibérée ou non, qu'elle présente ou pas une dimension stratégique, il apparaît certain qu'en prenant pour cadre conceptuel (ou comme référence) le modèle classique d'interprétation, c'est-à-dire le modèle interprétatif dans lequel s'enracine l'argumentation qu'il cherche à déconstruire ou à déstabiliser, celle défendue par les salariés, et en se prévalant d'une directive d'interprétation, aussi discutable soit-elle, toute droit issue de ce modèle, le magistrat tend à enfermer les tenants de la thèse alternative dans une impasse conceptuelle, puisque ceux-ci ne pourront, s'ils veulent rester cohérents, se situer à un niveau d'analyse permettant de mettre en cause les présupposés de cette argumentation. Mieux encore : positivement, le conseiller rapporteur, en procédant ainsi, met en place les conditions optimales pour que son argumentation puisse convaincre ceux qui seraient susceptibles d'adhérer, en raison, notamment, de ses prémisses, à la thèse opposée. N'est-il pas recommandé de prendre, en effet, en compte, voire d'intégrer, les présupposés de celles et ceux que l'on cherche à convaincre ? Cette démarche, relevons-le, comporte cependant un envers : peut-être convaincra-t-on certains de ceux qui souscrivent, consciemment ou non, à ses postulats et présupposés, mais, probablement, pas ceux qui les récusent. Ce qui vaut, pour l'argumentation déployée dans les discussions quotidiennes, ne vaut pas forcément, pour une argumentation s'adressant à un public relativement hétérogène (au regard des conceptions retenues en son sein), tel que celui auquel sont finalement destinés les rapports ou conclusions publiés dans les revues juridiques. C'est bien, en tout cas, cette orientation que met en œuvre ici le haut magistrat.

Dans une perspective plus ludique, l'on observera, *en troisième lieu*, que l'argumentation proposée, ici, par Monsieur Pierre Bailly *semble* mettre en œuvre deux, peut-être même trois, des « stratagèmes » répertoriés par Arthur Schopenhauer, dans ses réflexions sur l'art d'avoir toujours raison⁵⁸¹, ce qu'il appelle la « dialectique éristique »⁵⁸² (*Erisrische Dialektik*). La façon, dont le magistrat institue progressivement sa grille de lecture des dispositions dans son exposé d'ordre chronologique, n'est pas sans rappeler le quatrième stratagème caractérisé par le philosophe allemand : « Quand on veut arriver à une conclusion, il ne faut pas la laisser prévoir *mais obtenir discrètement qu'on en admette des prémisses* en disséminant celle-ci au cours de la conversation »⁵⁸³. Quant à la démarche consistant, en définitive, à adopter les présupposés de la doctrine classique de l'interprétation, sur la base de laquelle prend apparemment corps le raisonnement qu'il entend réfuter, en dépit de son inaptitude à expliquer le phénomène interprétatif, elle pourrait faire écho au cinquième stratagème censé permettre, non pas de dégager la « vérité objective », mais de parvenir à convaincre que l'on a raison⁵⁸⁴ : « Pour prouver sa thèse, on peut aussi utiliser de fausses prémisses, et cela quand

⁵⁸¹ A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, 1864, Mille et une nuits, 2005. Précisons que nous n'appréhendons cet essai, tiré de ses œuvres posthumes, comme un ouvrage subversif ou corrosif, dont les composantes présentent une vertu heuristique, bien plus que comme une matrice, dont nous entendrions puiser une analyse approfondie du discours argumenté.

⁵⁸² A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸³ A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, p. 30, « Stratagème 4 ». Souligné par nous.

⁵⁸⁴ Schopenhauer distingue, en effet, nettement « la vérité objective d'une proposition et la validité de celle-ci au plan de l'approbation des opposants et des auditeurs » (A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, p. 8, cette distinction provenant, selon lui, de... « la médiocrité naturelle de l'espèce humaine », d'une tendance innée ou inclination naturelle des êtres humains à la « vanité » !). C'est la raison pour laquelle, explique-t-il, « la

l'adversaire ne concéderait pas les vraies (...). Il faut prendre alors de propositions qui sont fausses en soi mais vraies *ad ho-minem*, et argumenter à partir du mode de pensée de l'adversaire *ex concessis* »⁵⁸⁵. Cette considération n'est pas hors de propos, dès lors que l'on a conscience de la très faible valeur rationnelle de l'argument du « sens clair » des textes, et que l'on se souvient du fait qu'il constitue l'un des maillons de la chaîne du raisonnement permettant, dans la conception classique de l'interprétation judiciaire, d'assigner une (ou, plutôt, *sa*) signification au texte légal. Quant au procédé, auquel le rapporteur a recours en dernier lieu, et qui consiste à tenter de retourner l'un des arguments invoqués par les salariés au soutien de la thèse qu'ils promeuvent, celui tiré de la volonté du législateur, on peut le rapprocher de la technique de la *retorsio argumenti*, dont Schopenhauer indique qu'elle peut, dans le cadre d'une controverse, être utilement mobilisée contre l'adversaire, « quand l'argument qu'il veut utiliser à ses fins peut être encore meilleur si on le retourne contre lui »⁵⁸⁶. Encore que le magistrat, sur ce point, comme nous l'avons relevé, sous couvert de retourner l'argument des salariés, lui en substitue en réalité un autre, ou le « reconfigure », en se focalisant sur la (supposée) volonté actuelle du législateur, sans chercher à tirer conséquences des circonstances d'élaboration des dispositions applicables au litige. Si stratagèmes il y a, de la part du magistrat, l'on conviendra en tout cas qu'ils revêtent d'une grande habileté – et probablement d'une certaine efficacité, surtout si on les compare à certains autres stratagèmes identifiés par Schopenhauer, et dont on fustigera volontiers le caractère proprement inconvenant⁵⁸⁷, dans une perspective argumentative – mais il est vrai que la réflexion du philosophe allemand s'inscrit dans une perspective diamétralement opposée : celle de la sophistique.

Mise en discussion de cette argumentation

*Le moment est maintenant venu de confronter l'argumentation du conseiller rapporteur à celle proposée par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin dans leur commentaire précité, lesquels, après avoir brièvement rappelé en introduction, non sans se référer d'ailleurs à l'analyse du conseiller rapporteur*⁵⁸⁸, la position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de

dialectique ne doit accepter comme finalité dans sa définition que l'art d'avoir toujours raison et non la vérité objective » (*Ibid.*, p. 17).

⁵⁸⁵ A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, p. 30, « Stratagème 5 ».

⁵⁸⁶ A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, p. 30, « Stratagème 26 », qualifiant de « brillante » cette technique.

⁵⁸⁷ On songe, entre autres, aux stratagèmes 8 (« Mettre l'adversaire en colère, car dans sa fureur il est hors d'état de porter un jugement correct et de percevoir son intérêt »), 18 (« Si nous nous rendons compte que l'adversaire s'est emparé d'une argumentation qui va lui permettre de nous battre, nous devons l'empêcher de parvenir au bout de sa démonstration en interrompant à temps le cours de la discussion, en nous esquivant ou en détournant le débat vers d'autres propositions (...) »), 31 (« Si on ne sait pas quoi opposer aux raisons exposées par l'adversaire, il faut, avec une subtile ironie, se déclarer incompetent : « Ce que vous dites-là dépasse mes faibles facultés de compréhension ; c'est peut-être tout à fait exact, mais je n'arrive pas à comprendre et je renonce à tout jugement ». De cette façon, on insinue, face aux auditeurs qui vous apprécient, que ce sont des inepties »), 36 (« Déconcerter, stupéfier l'adversaire par un flot insensé de paroles »), ou encore à l'ultime stratagème identifié (« Si l'on s'aperçoit que l'adversaire est supérieur et que l'on ne va pas gagner, il faut tenir des propos désobligeants, blessants et grossiers »). Voir : A. Schopenhauer, *L'Art d'avoir toujours raison*, *op. cit.*, resp. pp. 33, 39-40, 54, 59 et 60.

⁵⁸⁸ S'agissant, du moins, de la première question, puisque les auteurs reprennent à leur compte la justification invoquée par le conseiller rapporteur, en le citant expressément. Ainsi écrivent-ils : « *Comme il est parfaitement expliqué par le conseiller Bailly dans son rapport*, « il ne semble pas que le pouvoir d'appréciation du juge prud'homal puisse être affecté par une décision qu'a pu prendre le juge-commissaire et qui est de nature à réduire les facultés financières de l'entreprise, sauf à faire du juge de la procédure collective, le juge de la valeur du plan social » » (Ch. et J.-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 251, souligné par nous).

cassation sur les deux premières questions, vont, essentiellement, se concentrer sur la question de la *sanction* de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective⁵⁸⁹. Dans la mesure où il s'agit pour nous, de mettre, en quelque sorte, *face à face* l'argumentation de Monsieur Bailly et celle développée dans ce commentaire, nous nous en tiendrons, avant tout, là aussi, au problème interprétatif que soulevait le pourvoi soumis à la Chambre sociale, sans étudier de façon approfondie la question de l'indemnisation éventuellement due aux salariés licenciés. Pour ce faire, nous présenterons le discours argumenté de ces auteurs sous une forme synthétique et presque schématique, de façon à faire ressortir les propositions principales qui « structurent » cette argumentation, c'est-à-dire à mettre en relief l'ossature de cette dernière, sans chercher à la restituer de manière détaillée⁵⁹⁰. La thèse qu'ils défendent dans ce commentaire rejoint, pour partie⁵⁹¹, celle que développaient, de leur côté, les salariés. Le titre de la première partie, « *La consécration d'une malfaçon législative* »⁵⁹², en témoigne d'ailleurs, puisqu'il reprend la formulation que les défenseurs des salariés avaient eux-mêmes utilisés, dans leurs conclusions⁵⁹³. Mais le rapprochement s'arrête là. L'argumentation qu'avancent Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, introduit, comme nous allons le voir, des éléments qui, jusque là, n'avaient nullement émergé, semble-t-il – en tout cas dans la discussion ouverte devant la Cour de cassation.

La première étape de leur raisonnement – visant à montrer que l'exclusion par la Chambre sociale de la Cour de cassation de la sanction de la nullité de la procédure de licenciement en raison de l'insuffisance du plan social (ou plan de sauvegarde de l'emploi) en cas de procédure collective est le « résultat d'une malfaçon législative »⁵⁹⁴ – consiste à se tourner du côté des textes applicables, à savoir les articles L. 321-9 et L. 321-4-1 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi du 19 janvier 2000. D'emblée, ils soulignent que la signification *prima facie* de ces textes ne doit pas faire illusion⁵⁹⁵. Faisant directement et expressément référence au raisonnement du conseiller rapporteur sur ce point, ils affirment que la clarté de ces textes n'est qu'apparente : « Ces textes sont en apparence d'une parfaite clarté, et comme on l'a relevé, « ne souffrent d'aucune ambiguïté qui pourrait justifier une interprétation contraire à ce qu'ils expriment » »⁵⁹⁶, écrivent-ils, en faisant ainsi ressortir la directive d'interprétation mise en avant par le conseiller rapporteur. « Toutefois, il n'en est ainsi que pour autant qu'on omet de prendre en compte les vicissitudes législatives qui ont affecté la

⁵⁸⁹ Comme en atteste le titre de la chronique.

⁵⁹⁰ Car cela ne contribuerait pas à mieux éclairer la dimension que nous nous efforçons ici de mettre en évidence.

⁵⁹¹ Mais *pour partie* seulement.

⁵⁹² Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252, souligné par nous. Les auteurs donneront à la seconde partie, consacrée, quant à elle, à la question de l'indemnisation des salariés, le titre « Une solution contestable » (*Ibid.*, p. 254).

⁵⁹³ Aux dires du conseiller rapporteur.

⁵⁹⁴ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252.

⁵⁹⁵ C'est bien, en effet, une signification *prima facie* qu'identifient les auteurs, lorsque, après avoir rappelé la teneur des dispositions légales en cause, ils écrivent : « il paraît s'en déduire logiquement et naturellement, comme l'a retenu la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 février 2006, qu'en application de ces dispositions combinées la nullité de la procédure de licenciement n'est pas encourue en raison de l'insuffisance d'un plan social établi à l'occasion d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252).

⁵⁹⁶ Les coauteurs du commentaire citent ici expressément, par l'usage de guillemets, les propos du conseiller rapporteur – auxquels renvoie la note (4) de la chronique. Autrement dit, le « *on* », dans le passage que nous venons de reproduire, n'est autre que Monsieur Pierre Bailly

rédaction de l'un et l'autre textes », s'empresment-ils d'ajouter⁵⁹⁷. La cible de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin est, dès lors, toute trouvée. Elle sera ce qui constituait le ressort essentiel, l'élément central, de l'argumentation défendue par Monsieur Bailly dans son rapport : *la (prétendue) « clarté » des textes en cause*.

C'est bien le point de vue du conseiller Pierre Bailly, *tel qu'il a été avancé ou exprimé dans son rapport*, qui se trouve ici mis en discussion, et, pour ainsi dire, *attaqué*. Pour renverser la thèse défendue par le conseiller rapporteur, ensuite consacrée – au moins dans sa conclusion – par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 2 février 2006, les coauteurs de la chronique vont faire valoir *trois arguments principaux*, qu'il convient d'exposer avant de faire ressortir la « stratégie argumentative » qui sous-tend l'analyse de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin. Ces éléments sont annoncés, par ces auteurs, dans les termes suivants. *Premier argument* : « l'alinéa 2 de l'article L 321-4-1 exclu par le législateur de l'application de l'article L 321-9 n'a jamais été l'alinéa 2 consacré à la nullité de la procédure de licenciement collectif en cas d'absence ou d'insuffisance du plan social ». *Deuxième argument* : « l'intention du législateur n'a jamais été d'exclure la nullité de la procédure de licenciement collectif en raison de l'insuffisance du plan social, en cas de procédure collective ». *Troisième argument* : « cette nullité résulte en tout état de cause de l'alinéa 5 de l'article L 321-4-1 du Code du travail »⁵⁹⁸. Présentons, successivement, ces trois arguments, en tentant d'en dégager la *substantifique moelle*.

« *L'alinéa 2 de l'article L 321-4-1 visé par l'article L 321-9 n'existe plus* »⁵⁹⁹. Telle est la formulation que retiennent Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin au moment d'étayer l'analyse relative à leur premier argument. Ainsi expriment-ils, sous une forme un peu différente, il est vrai, l'idée que l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1, exclu par le législateur de l'application de l'article L. 321-9, n'a jamais été la disposition qui consacre la nullité de la procédure de licenciement collectif, en cas d'absence ou d'insuffisance du plan social (ou plan de sauvegarde de l'emploi). *Les auteurs justifient cet argument en deux temps*.

Ils se livrent, en premier lieu, sans surprise, à un examen chronologique des textes applicables au litige, en se focalisant, d'abord, sur la loi du 19 janvier 2000⁶⁰⁰. Cet examen va leur permettre d'écrire qu'il est « parfaitement clair que l'alinéa 2 de l'article L 321-4-1 dont l'application est exclue par l'article L. 321-9 en cas de procédure collective est l'alinéa correspondant à l'amendement Michelin et non l'alinéa (devenu le troisième) relatif à la nullité de la procédure de licenciement en raison de l'insuffisance du plan social »⁶⁰¹. La formule apparaît malicieuse, puisqu'elle reprend incidemment l'idée de « clarté » invoquée par Monsieur Pierre Bailly, en la faisant jouer à l'encontre de la thèse défendue par ce dernier, et, finalement, en la renversant totalement⁶⁰². Poursuivant leur examen, les auteurs viennent, ensuite, à évoquer la censure, par le Conseil constitutionnel, du fameux « amendement Michelin », l'intervention du législateur, à l'occasion de l'adoption de la loi de modernisation sociale, pour, estiment-ils,

⁵⁹⁷ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252.

⁵⁹⁸ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252.

⁵⁹⁹ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252. En gras dans le texte original.

⁶⁰⁰ Nous renvoyons le lecteur, sur ce point, à notre présentation de l'évolution chronologique des dispositions légales se rapportant au problème posé à la Cour de cassation.

⁶⁰¹ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 252.

⁶⁰² Ce qui démontre le caractère potentiellement réversible de l'argument tiré de la « clarté » des textes.

« corriger l'erreur commise »⁶⁰³ (ce qui est une façon d'insister sur le fait que ledit renvoi est une sorte d'*anomalie*), puis les épisodes législatifs postérieurs. S'ils flirtent avec la référence à la volonté du législateur, les auteurs maintiennent soigneusement leur regard rivé sur la manière dont les textes ont pu "traduire" cette volonté⁶⁰⁴, s'efforçant ainsi de dérouler leur analyse sur le registre sur lequel le conseiller rapporteur avait bâti sa propre argumentation – le registre (de l'interprétation) littéral(e). La justification, qu'ils invoquent, d'ailleurs, dans un second temps, participe pleinement de ce souci d'inscrire leur propre argumentation dans la perspective d'une interprétation littérale⁶⁰⁵. Les auteurs de la chronique introduisent dans la discussion un élément, qui n'avait, jusque là, semble-t-il, pas été mis en avant dans cette affaire⁶⁰⁶ – et sur lequel ils reviendront plus loin⁶⁰⁷. Or, cet élément revêt la forme d'un argument littéral : il s'appuie sur la *lettre* de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, que le législateur avait modifié, en 2002, afin d'y insérer la disposition suivante⁶⁰⁸ : « Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il prononce la nullité du licenciement (...) ». Disposition qui n'a pas, dans sa première partie du moins⁶⁰⁹, été elle-même affectée par les interventions législatives ultérieures. Cet argument est un élément clé du raisonnement de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, lesquels, dès ce stade, ne manquent pas de souligner que cette référence au cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1 est censée renvoyer à la disposition relative à la sanction de la nullité du plan social⁶¹⁰. Ce qui interdirait, par conséquent, d'identifier cette dernière comme faisant l'objet du second alinéa de l'article précité. Et les auteurs de conclure⁶¹¹ : « il est manifeste (...) qu'il n'a jamais été prévu formellement par la loi d'exclure la sanction de la nullité de la procédure de licenciement collectif en raison de l'insuffisance du plan social en cas de procédure collective » ; « l'alinéa 2 de l'article L 321-4-1 dont l'article L 321-9 entendait exclure l'application est un alinéa qui a disparu de l'ordonnancement juridique pour laisser place par glissement à l'alinéa relatif à la sanction de l'insuffisance du plan social que n'avait pas envisagé le législateur », affirment-ils⁶¹².

⁶⁰³ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253 : « Le législateur s'est avisé de l'omission du Conseil constitutionnel [de censurer également le renvoi à l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1 opéré par l'article L. 321-9] et du vice qui en résultait. Il a donc saisi l'adoption de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 pour corriger l'erreur commise ».

⁶⁰⁴ Ce n'est, remarquons-le, pas sur le terrain de la volonté *psychologique* du législateur que les auteurs se situent au travers de cette analyse, mais bien plutôt sur celui de la *transcription* de la volonté législative *dans les textes de loi concernés*. La notion de « volonté du législateur », et la conception de l'interprétation qui lui est attachée, ne sont pas ici invoquées expressément, pas plus d'ailleurs que les travaux préparatoires des lois en cause.

⁶⁰⁵ Reste à savoir s'ils y parviennent totalement. A notre sens, cela n'est pas certain.

⁶⁰⁶ En tout cas devant la Cour de cassation.

⁶⁰⁷ Ce sera d'ailleurs leur troisième argument.

⁶⁰⁸ Lesquelles tendaient à consacrer la célèbre jurisprudence *La Samaritaine*.

⁶⁰⁹ Celle située avant la virgule.

⁶¹⁰ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253 : « l'article L 122-14-4 du Code du travail dans ses dispositions issues de la loi du 17 janvier 2002 n'ayant pas été abrogé, continue de faire référence curieusement « aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L 321-4-1 », alors que cette référence au 5^{ème} alinéa n'a de sens qu'en prenant en compte... les dispositions abrogées et que si l'on considère que cet alinéa est celui relatif à la sanction de la nullité ». Il ne faut pas, pensons-nous, prendre l'expression « *n'a de sens qu'en prenant en compte...* » au pied de la lettre, car les auteurs proposeront, à un stade plus avancé de leur argumentation, comme nous allons le voir, un sens (littéral) à ce renvoi, sans cependant tenir compte des éléments identifiés ci-dessus.

⁶¹¹ Au terme du rappel des vicissitudes législatives qui ont entouré la rédaction des dispositions en cause.

⁶¹² Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253.

Le premier argument est ainsi posé. Venons-en maintenant au *deuxième*, baptisé « *La volonté du législateur* »⁶¹³. Si la première voie argumentative, suivie par les auteurs du commentaire étudié, semblait côtoyer incidemment la référence à la volonté du législateur, celle-ci se trouve directement convoqué à ce stade du raisonnement. Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin entendent ici répondre à ce qu'ils *supposent être* un des éléments du raisonnement suivi par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 février 2006⁶¹⁴, *et qui, en tout cas, a été*, nous l'avons constaté, *l'un des éléments de l'argumentation du conseiller rapporteur* : l'incertitude quant à l'intention ou la volonté du législateur. Cette incertitude même qui semblait conforter Monsieur Bailly dans son choix de privilégier le sens « clair » des textes sur ce que les salariés identifiaient comme la volonté du législateur. Ce second temps de l'argumentation comporte, à notre avis, elle-même *trois phases*, qu'il importe, dès lors, de distinguer.

Dans ce que l'on peut identifier comme une *première phase* (de cette seconde voie argumentative), Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin font observer, *en convoquant la figure (ou la fiction) du législateur rationnel*, qu'ils voient mal quel objectif rationnel aurait poursuivi le législateur de 2000, s'il s'était agi pour lui de procéder, au sein de l'article L. 321-9, à un renvoi à un texte (l'article L. 321-4-1), dont il était acquis qu'il s'appliquait en cas de procédure collective, tout en écartant simultanément la sanction prévue par ce texte, lorsque ses dispositions ne sont pas respectées⁶¹⁵. La *seconde phase* de l'argumentation se caractérise par un nouveau changement de registre. L'objet général de l'analyse demeure la volonté (ou l'intention) du législateur, simplement celle-ci se trouve envisagée sous un angle radicalement différent : l'analyse ne s'adosse plus au postulat du « législateur rationnel », ni ne transite par la fiction que ce postulat induit, mais se centre sur ce qui a été la volonté *réelle* du législateur – telle, du moins, que les auteurs *pensent pouvoir* la caractériser sur la base des *travaux parlementaires* des lois du 17 janvier 2002 et du 18 janvier 2005, dont des extraits choisis sont reproduits⁶¹⁶. Extraits, à la suite desquels les auteurs déclarent – comme pour retourner, une nouvelle fois, ce qui apparaît comme le fondement même de l'argumentation du conseiller rapporteur : « Il est difficile d'être plus clair »⁶¹⁷. Déconcertante clarté, qui

⁶¹³ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253. En gras dans le texte original.

⁶¹⁴ Comme en témoigne la formule que ces auteurs utilisent : « A supposer pour le simple besoin du raisonnement qu'on puisse, malgré tout avoir un doute quant à l'intention du législateur, puisque c'est ainsi que *semble avoir raisonné* la Cour de cassation qui n'a pas souhaité écarter l'application littérale d'un texte clair dans l'incertitude de la volonté du législateur (...) » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253, souligné par nous).

⁶¹⁵ Les auteurs poursuivent, en effet, le propos, dont nous venons de reproduire un extrait dans l'avant-dernière note de bas de page, par la considération suivante : « (...) on ne voit pas bien quel objectif (cohérent, logique) aurait poursuivi le législateur de 2000 en introduisant dans l'article L 321-9 une disposition sur l'application de l'article L. 321-4-1 en cas de procédure collective, qui allait de soi depuis longtemps, tout en écartant dans le même temps la sanction prévue par le texte en cas de non-application de ses dispositions » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253).

⁶¹⁶ « Au demeurant, la volonté du législateur a été clairement rappelée lors des travaux parlementaires de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et de celle du 18 janvier 2005 et il en résulte précisément que l'intention du législateur n'a jamais été d'exclure en cas de procédure collective celle des dispositions de l'article L 321-4-1 qui prévoit la nullité de la procédure collective en raison de l'insuffisance du plan social et que si cela découle des textes c'est de manière purement fortuite » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 253, citant, ensuite, les déclarations du rapporteur devant l'Assemblée nationale de la loi de modernisation sociale, et de Mme Panafieu dans son rapport de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005).

⁶¹⁷ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

surgit, aux yeux des uns, là où d'autres ne voyaient qu'obscurité – et réciproquement ! Parvenus à ce stade de leur argumentation, les auteurs de la chronique sont, cependant, conscients qu'ils se heurtent à une *importante difficulté*, qu'avait d'ailleurs su exploiter Monsieur Pierre Bailly dans son rapport, et qui tient au fait que le législateur de 2005, bien qu'ayant été avisé de cette malfaçon législative, n'a pas modifié la rédaction de l'article L. 321-9. Ils le reconnaissent sans détour : « Sans doute est-il vrai que, bien qu'il se soit avisé de l'erreur commise, le législateur s'est abstenu dans la loi du 18 janvier 2005 et dans celle du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises de modifier le texte de l'article L 321-9 pour la corriger ». De là, toutefois, à en induire que la volonté du législateur actuel se révèle, sur ce point, incertaine, il y a un pas que les auteurs se refusent de franchir : « Pour autant, il paraît difficile d'en induire [que le législateur] aurait ainsi entendu entériner la rédaction des textes en leur état ou que « sa volonté de revenir sur l'exclusion de la sanction de la nullité dans les procédures collectives est aujourd'hui des plus incertaines » »⁶¹⁸, affirment-ils, *en se référant expressément au point de vue exprimé par le conseiller rapporteur* (dont ils reproduisent la proposition essentielle). Contre l'argumentation défendue par le conseiller Bailly, les coauteurs font valoir que l'exclusion par l'article L. 321-9 de l'alinéa 2 de l'article L. 321-4-1 n'est pas la seule erreur que la législateur a malencontreusement omis de corriger. Il en est une autre : le renvoi – évoqué plus haut – de l'article L. 122-14-4 au cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1. Ce renvoi « est aussi absurde que l'exclusion par l'article L 321-9 d'un alinéa 2 de l'article L 321-4-1 qui n'est pas celui que le législateur avait entendu exclure »⁶¹⁹, estiment-ils. L'on ne saurait donc raisonnablement soutenir que le législateur a *pu* consacrer, ne serait-ce qu'implicitement, la rédaction, initialement défectueuse, de l'article L. 321-9, puisqu'il a, simultanément, laissé en l'état ce qui apparaît, aux yeux des auteurs, comme une autre défectuosité.

Tel est le cheminement en trois temps, que suivent Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, au titre de l'argument tiré de la *volonté du législateur*. Après avoir tenté de montrer que la rédaction des textes s'avère défectueuse, leur objectif était donc de montrer que la référence à la volonté (ou à l'intention) du législateur, *sous ses différentes facettes*, conduit à écarter la thèse retenue par le conseiller rapporteur et consacrée *in fine* par la Cour de cassation. Ces considérations aspirent à réfuter, point par point, les arguments invoqués par Monsieur Bailly, mais elles n'atteignent pas véritablement le raisonnement de ce dernier dans sa conception, puisque c'est la structure de raisonnement qu'ils défendent (défectuosité des textes, donc prise en considération de la volonté du législateur) qu'écarterait précisément le conseiller de la Chambre sociale de la Cour de cassation. C'est probablement parce qu'ils n'ignorent pas cette dimension, que les coauteurs du commentaire vont opérer une *bifurcation* dans leur raisonnement, avec le troisième – et dernier argument – qu'ils avancent.

Ce troisième argument, qui constitue, pensons-nous, la « carte » décisive que les coauteurs, en fins stratèges, entendaient abattre au dernier moment, est présenté sous le titre : « *La nullité de la procédure de licenciement collectif en application des articles L 122-14-4 et L 321-4-1, alinéa 5, du Code du travail* »⁶²⁰. Faisant resurgir une donnée qui avait déjà été mise en exergue, mais dans une autre perspective et de façon plus incidente, Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin vont s'efforcer d'exploiter, autant qu'il est permis, la rédaction de l'article L. 122-14-4

⁶¹⁸ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶¹⁹ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶²⁰ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254. En gras dans le texte original.

du Code du travail, en soutenant qu'une « application littérale des dispositions combinées des articles L 122-14-4 et L 321-4-1, al. 5, (...) pouvait conduire la Cour de cassation à retenir la solution qu'elle a cru devoir écarter »⁶²¹. Ainsi vont-ils se soustraire à la conception de l'interprétation qui sous-tendait, jusqu'alors, leur propos, et abandonner, par là même, la référence, directe ou indirecte, à la volonté du législateur, pour s'inscrire dans la perspective (exclusive) d'une *interprétation littérale, combattant ainsi en quelque sorte l'argumentation du conseiller Bailly sur son propre terrain*. C'est en cela que leur raisonnement connaît une *bifurcation*.

L'article L. 122-14-4 dispose, en son deuxième alinéa, que, lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure est nulle et de nul effet, « conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1 », il peut prononcer la nullité du licenciement. Ce renvoi au *cinquième* alinéa de l'article L. 321-4-1 s'explique par l'insertion, opérée par la loi de modernisation sociale de trois alinéas supplémentaires (alinéa 2, 3, 4) qui ont, par la suite, été suspendus, puis abrogés, sans que le législateur soit venu modifier la teneur de ce renvoi. Il y a là une omission de sa part, d'après Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin. « Reste que l'alinéa 5 de l'article L 321-4-1 du Code du travail existe bien et constitue aujourd'hui le droit positif et qu'il en résulte que la *validité*⁶²² du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe. Or, l'envers de la validité, c'est la nullité »⁶²³, soulignent-ils. Leur argumentation prend ici un tour nouveau. « Vous voulez vous en tenir à une interprétation purement littérale des textes, eh bien allons-y ! », semblent-ils lancer aux défenseurs de la thèse qu'ils combattent. Si, estiment-ils, l'on retient le principe d'une interprétation littérale, il n'est aucune raison... de ne pas l'appliquer à l'article L. 122-14-4. Or, « *en raisonnant au pied de la lettre* »⁶²⁴ (c'est-à-dire « en faisant abstraction de tout ce que l'on sait de la rédaction de ces textes (...) pour s'en tenir à leur application littérale »⁶²⁵), c'est à la conclusion que « l'article L. 321-4-1 comporte deux alinéas distincts pouvant servir de fondement juridique au prononcé de la nullité de la procédure de licenciement »⁶²⁶ que conduit la combinaison des articles L. 122-14-4 et L. 321-4-1 alinéa 5 du Code du travail : « Le deuxième alinéa qui pose une cause de nullité « objective », due à l'absence de mesures de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi ; et le cinquième alinéa, fondement d'une cause de nullité plus ciblée sur l'état de l'entreprise, due à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose l'entreprise »⁶²⁷. Suivant cette optique (strictement littérale), la rédaction de l'article L. 321-9 empêche de faire jouer la nullité prévue par le second alinéa de l'article L. 321-4-1, mais... la rédaction de l'article L. 122-14-4 permet de faire jouer la nullité du cinquième alinéa de l'article, dès lors que le plan de sauvegarde de l'emploi s'avère insuffisant⁶²⁸. Voilà le raisonnement que, d'après les

⁶²¹ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶²² En gras dans le texte original.

⁶²³ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶²⁴ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254. Souligné par nous.

⁶²⁵ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254, note 13.

⁶²⁶ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶²⁷ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254.

⁶²⁸ « Du fait de la rédaction de l'article L 321-9, la première cause de nullité ne pourrait pas être invoquée dans le cadre des procédures collectives, mais en recourant au cinquième alinéa de l'article L 321-4-1 ainsi qu'à l'article

auteurs du commentaire, la Cour de cassation – et, en amont, le conseiller rapporteur – *aurait pu tenir*⁶²⁹.

Ainsi l'argumentation, développée par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, s'achève-t-elle. *Ou presque*. Car les auteurs envisagent, bien sûr, dans la seconde partie de leur commentaire, *la question de l'indemnisation des salariés*, pour laquelle il ne nous a pas semblé utile ni opportun, dans la perspective qui est la nôtre, d'approfondir l'examen de l'argumentation proposée par le conseiller rapporteur. Sous l'angle du « dialogisme argumentatif », que nous nous efforçons, ici, de mettre en évidence, l'on se contentera seulement de relever, à ce sujet, que le conseiller Bailly, estimant que les salariés ne pouvaient être privés d'indemnisation du fait de la non-application de la sanction de la nullité de la procédure de licenciement dans l'hypothèse envisagée, défendait la solution selon laquelle l'insuffisance du plan social en cas de procédure collective prive les licenciements économiques ensuite prononcés de cause réelle et sérieuse⁶³⁰, en la justifiant, essentiellement, par l'idée que, si un plan social rigoureux et suffisant ne suffit pas à épuiser l'obligation générale de reclassement, l'absence de plan social, ou son insuffisance, démontrerait que l'employeur n'a pas respecté cette obligation de reclassement – ce qui priverait les licenciements de cause (économique) réelle et sérieuse⁶³¹. Convaincus que c'est justement « cette considération qui semble avoir inspiré la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 février 2006 »⁶³² (soulignons : *cette considération avancée par le conseiller Pierre Bailly dans son rapport*) c'est elle également que les coauteurs du commentaire soumettront, tout naturellement, aux feux de la critique argumentée, en contestant l'existence d'un lien causal entre la pertinence du plan social présenté et la cause réelle et sérieuse des licenciements ensuite prononcés⁶³³. N'en disons pas plus. Ces quelques éléments révèlent que

L. 122-14-4 (et au renvoi qu'il opère au cinquième alinéa), l'autre cause de nullité pourrait toujours être invoquée. Il suffirait alors d'établir l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, sans qu'il soit besoin d'invoquer l'absence de mesures de reclassement contenues dans le plan et l'alinéa litigieux » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254, ajoutant que le Conseil de prud'hommes, dans cette affaire, avait tenu un raisonnement assez proche de celui-ci).

⁶²⁹ « La Cour de cassation aurait pu consacrer ce raisonnement car, en l'espèce, les juges du fond avaient prononcé la nullité du plan non pas parce qu'il ne comptait aucune mesure de reclassement mais parce qu'il était insuffisant au regard des moyens dont disposait le groupe auquel appartenait l'entreprise en liquidation. Il lui aurait donc été possible de se fonder sur le cinquième alinéa de l'article L 321-4-1 du Code du travail pour prononcer la nullité sans même avoir à aborder l'épineuse question de l'applicabilité ou de l'inapplicabilité du « deuxième » alinéa » (Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 254). Etant, toutefois, précisé que les salariés n'avaient, semble-t-il, pas invoqué ce moyen devant la Haute juridiction (*Ibid.*, note 14).

⁶³⁰ Solution que consacrera, en définitive, la Cour de cassation, dans l'arrêt qu'elle rendra : « lorsque la nullité des licenciements n'est pas légalement encourue, l'insuffisance du plan social au regard des exigences de l'article L. 321-4-1 du Code du travail prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques ensuite prononcés » (Cass. soc. 2 fév. 2006, préc.).

⁶³¹ Si, énonce Monsieur Pierre Bailly, « le juge qui se prononce sur la seule pertinence d'un plan social n'a pas à vérifier l'existence d'une cause économique de licenciement, il n'en résulte pas pour autant que l'insuffisance d'un plan social est sans retentissement sur la cause des licenciements économiques qui suivent. On peut tout au contraire penser que la nullité d'un plan social, qui implique que tout n'a pas été fait pour favoriser le reclassement des salariés, prive nécessairement de cause réelle et sérieuse les licenciements ensuite prononcés. Car s'il est acquis que la présentation d'un plan social ne suffit pas à établir que l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur a été exécutée, à l'égard des salariés licenciés, il semble néanmoins possible de considérer que l'absence de plan social (ou son insuffisance) démontre qu'aucune recherche de reclassement n'a été sérieusement faite, puisque telle est l'une des finalités du plan social » (P. Bailly, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *op. cit.*, pp. 8-9)

⁶³² Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 255.

⁶³³ Voir : Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, pp. 255-256. Les auteurs feront principalement valoir, à cet égard, qu'il

l'argumentation, relative au problème de l'indemnisation des salariés, opère, dans le raisonnement des coauteurs de cette chronique, comme un argument supplémentaire en faveur de la nullité de la procédure de licenciement en cas d'insuffisance du plan social établi dans le cadre d'une procédure collective, puisqu'elle vise à démontrer que la position, adoptée par le conseiller Bailly, et, à sa suite, par la Cour de cassation, débouche sur une difficulté majeure, voire sur une impasse juridique (dès lors que l'on admet que les licenciements prononcés sont dépourvus de cause réelle et sérieuse). Un argument, qui consiste, au fond, à prendre en considération les *conséquences (juridiques, en l'occurrence)* de la thèse combattue.

Last but not least, un (ultime) argument se trouve invoqué dans la conclusion du commentaire de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, qui consiste à soutenir, ou du moins à suggérer, que la Cour de cassation, au regard de la mission normative qu'elle assure, *aurait pu* – et dû – *corriger la rédaction de l'article L. 321-9 du Code du travail*, dans la mesure où elle procède d'une malfaçon législative : « n'était-il pas possible à la Haute Juridiction de corriger elle-même l'erreur sans pour autant statuer *contra legem* ? Ça n'aurait pas été la première fois », affirment-ils⁶³⁴, en convoquant, en renfort, le point de vue des Professeurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan, lesquels jugent salutaire ce genre d'initiative, car il s'avère un moyen efficace, selon eux, de faire entendre raison au législateur. Un tel argument s'imposait-il véritablement, dans le dispositif argumentatif des auteurs de ce commentaire ? Assurément oui, si l'on admet, avec eux, que la prétendue impossibilité, pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, de « *corriger* » le texte légal constituait une considération implicite dans l'argumentation du conseiller Bailly – ce qui, à nos yeux, ne fait absolument aucun doute. C'est l'ultime considération, sur laquelle reposait l'argumentation du conseiller rapporteur, que les auteurs tentent ici de déstabiliser et de combattre *par* l'argumentation – une contre argumentation.

L'on ne saurait clore cette présentation de l'argumentation proposée par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin sans ajouter quelques mots sur ce qui paraît être leur « *stratégie argumentative* ». L'examen des arguments invoqués, non pas indirectement mais *directement*, au soutien de la solution qu'ils défendent, c'est-à-dire des trois arguments qu'ils soutiennent par une analyse approfondie et étayée, révèle, de manière frappante, que ces auteurs ont eu pour *souci d'inscrire leur argumentation dans une perspective d'interprétation ou*

est pour le moins contestable d'étendre la sanction – l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements prononcés – de l'obligation générale de reclassement, qui est une obligation de reclassement *interne* (l'objectif étant alors d'éviter les licenciements, la mise en œuvre de cette obligation est préalable au licenciement), au plan social, qui est censé prévoir toutes les mesures (possibles) propres à favoriser le reclassement interne ou *externe* (c'est-à-dire postérieur au licenciement) des salariés, surtout si l'on songe que, dans les entreprises faisant l'objet d'une procédure collective, et, plus spécialement encore, dans celles qui sont en liquidation judiciaire, les reclassements internes sont le plus souvent impossibles (ce qui signifie que, dans de telles situations, l'insuffisance du plan social est encourue en raison de l'insuffisance des mesures de reclassement externe). Comment, interrogent les deux auteurs, « l'insuffisance du plan social faute de mesures de reclassement externe suffisantes ou efficaces pourrait-elle priver les licenciements ensuite prononcés de cause réelle et sérieuse, ce qui ne peut se concevoir qu'à raison du manquement par l'employeur à son obligation de reclassement prévue par l'article L. 321-1 qui est, elle, une obligation de reclassement interne ? » (*Ibid.*, p. 256). Et Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin de rappeler que dans l'affaire jugée par l'arrêt du 2 février 2006, le versement d'indemnités aux salariés licenciés prévu par le plan social présentait le caractère d'une mesure de reclassement externe (comme l'admet la Cour de cassation elle-même, en énonçant que ces indemnités contribuaient à favoriser le reclassement professionnel des salariés licenciés), ce qui aurait dû conduire à considérer que la minoration de ces indemnités dans la dernière version du plan social, élément retenu pour dire ce plan insuffisant, « ne pouvait caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement de mêmes salariés qui est une obligation de reclassement interne, ni par suite priver leur licenciement de cause réelle et sérieuse ». C'est en ce sens, concluent-ils, que « la solution adoptée nous paraît discutable » (*Ibid.*).

⁶³⁴ Ch. et J-Y. Frouin, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *op. cit.*, p. 256.

d'application littérale. Témoignent de cette « stratégie » leur effort consistant à établir l'existence de ce qu'ils appellent une « malfaçon législative » à travers l'examen des textes adoptés par le législateur, et à tenter de déstabiliser la considération suivant laquelle les textes en cause seraient parfaitement « clairs », ainsi que le rayonnement qu'ils donnent à l'élément tiré de la rédaction de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, et, plus spécialement, du renvoi qu'il opère au cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1. Il est, en effet, significatif de relever que cet élément, non seulement constitue, à lui seul, la substance du troisième argument convoqué par les auteurs, mais officie, en outre, comme une ressource supplémentaire (ou complémentaire) en faveur du premier comme du second argument qu'ils mettent en avant – ce qui en fait, à nos yeux, le pivot de leur argumentation.

Cette orientation consistant à fonder et à consolider, voire à structurer, leur argumentation par des éléments qui s'inscrivent indéniablement dans la perspective d'une interprétation littérale, nous paraît traduire *le choix des auteurs d'investir le terrain argumentatif qu'avait adopté le conseiller Bailly dans son rapport, et d'éprouver, en définitive, l'argumentation de celui-ci sur son propre terrain*. C'est cette manière d'avancer, ne serait-ce que partiellement, sur les terres du défenseur de la thèse combattue, qu'il est permis d'identifier à une « stratégie argumentative ». Une stratégie qui peut s'avérer décisive si elle parvient à déstabiliser la thèse de l'adversaire (dans le « jeu » de l'argumentation s'entend), tout en adoptant ses propres prémisses. Car sa force apparente est, sinon d'abolir (ce ne serait là qu'un mirage, naturellement), du moins de réduire la distance entre les argumentations opposées, contrairement à l'optique qui consisterait à se limiter à une analyse critique des présupposés, non partagés, de l'argumentation mise en discussion.

Une dynamique dialogique

Le moment est maintenant venu de tirer profit, sur le plan théorique, de cet exemple, qui illustre bien la *dynamique dialogique* qu'est susceptible d'enclencher la publication de rapports ou de conclusions se rapportant à un arrêt de la Cour de cassation. L'exploration du fonds argumentatif, auquel ouvrent le rapport de Monsieur Pierre Bailly et le commentaire de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, nous amène, de ce point de vue, à formuler un constat et une remarque, lesquels nous autoriseront à dégager un double enseignement.

L'exemple, que nous venons d'étudier, nous autorise à affirmer que *les argumentations, respectivement déployées par le conseiller dans son rapport publié et par les commentateurs de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire concernée, constituent, lorsque l'on procède à leur rapprochement, un véritable maillage, en ce sens que, du point de vue du lecteur ou du récepteur de ces discours, elles se structurent en réseau*⁶³⁵. Il s'agit bien là d'un constat. Nous avons, en effet, pu constater que : 1) l'argumentation développée par les commentateurs de l'arrêt du 2 février 2006 prend pour cible et cherche à ébranler ce qui constituait le ressort essentiel de l'argumentation du conseiller rapporteur – la prétendue « clarté » des textes applicables ; 2) les coauteurs du commentaire s'efforcent de dérouler leur propre analyse sur le registre qu'avait choisi le conseiller rapporteur pour développer son argumentation – le registre littéral ; 3) l'argumentation proposée par les auteurs du commentaire s'efforce de répondre, point par point, aux différents arguments invoqués par le conseiller rapporteur, au soutien de la thèse qu'il défend, ou aux objections opposées par ce dernier, à l'encontre de la thèse opposée ; 4) les arguments mis en avant par le conseiller rapporteur constituent souvent les points de départ de l'argumentation que les auteurs du commentaire entendent faire

⁶³⁵ C'est en ce sens que nous employons le terme « maillage ».

valoir ; 5) des aspects, que le conseiller rapporteur avait cherché à écarter de la discussion, font l'objet d'un examen approfondi ; 6) ce sont, parfois même, les présupposés de l'argumentation du conseiller rapporteur qui sont mis en cause. Ces observations révèlent que l'argumentation du conseiller rapporteur devient peu ou prou le *point de référence* à partir duquel se constitue l'argumentation développée dans le commentaire critique, les arguments du magistrat se présentant, en définitive, comme autant d'obstacles à renverser – d'une façon ou d'une autre. Ou, plutôt, comme autant d'opinions ou de points de vue sur lesquelles ou auxquelles l'opposant, dans l'échange argumenté, rebondit ou réplique – directement ou non. *A la manière d'un dialogue (qui se veut) constructif.*

A travers le prisme du modèle pragma-dialectique

Ce constat mérite d'être prolongé par une remarque relative aux conditions, à proprement parler, dans lesquelles s'est déroulé, dans l'illustration que nous avons examinée, l'échange argumenté. La manière dont Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin conduisent leur argumentation, dans le débat⁶³⁶ qui les oppose au conseiller Bailly, traduit bien l'idée que l'on peut, intuitivement, se faire d'une *bonne* argumentation, d'une argumentation *légitime*. Un détour par les travaux que Messieurs Frans H. van Eemeren et Rob Grootendorst, professeurs à l'Université d'Amsterdam, ont consacré à l'argumentation le confirmera avec éclat.

Il n'est probablement pas inutile, au préalable, de rappeler la perspective globale dans laquelle s'inscrivent ces auteurs. Dans une série d'ouvrages récents⁶³⁷, en particulier dans *La nouvelle dialectique*⁶³⁸, ces deux éminents spécialistes de l'argumentation se sont attachés, de manière très intéressante, à (ré)introduire des critères de légitimité et d'illégitimité dans les argumentations dialectiques, même là où il s'agit moins de chercher une vérité impersonnelle et abstraite que de convaincre un opposant ou un auditoire particulier d'adopter une position théorique ou de prendre une décision pratique. A leurs yeux, les perspectives de la rhétorique, d'un côté, et de la dialectique ou argumentation, de l'autre, sont nettement distinctes : la rhétorique renvoie à l'art d'influencer un auditoire au moyen d'un discours efficace, tandis que la dialectique (ou argumentation) renvoie à l'art de résoudre des divergences au moyen d'une dispute réglée. La première est tout entière guidée par l'idée d'efficacité, alors que la seconde répond à l'exigence de pertinence⁶³⁹. Et c'est cette exigence de *pertinence* de l'argumentation, associée au sou-

⁶³⁶ Certes virtuel, puisqu'il se réalise en différé par le truchement de discours publiés séparément et successivement.

⁶³⁷ Parmi les nombreux travaux entrepris par ces auteurs, l'on se contentera de citer les ouvrages suivants : F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Mouton de Gruyter, 1984 ; F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, A.F. Snoeck Henkemans, *Argumentation, Analysis, Presentation*, Lawrence Erlbaum Associates, 2002 ; F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, S. Jackson, *Reconstructing Argumentative Discourse*, University of Alabama Press, 2002 ; R. Grootendorst, F.H. van Eemeren, *A Systematic Theory of Argumentation. The Pragma-Dialectical Approach*, Cambridge University Press, 2003 ; F.H. van Eemeren, J.A. Blair, Ch.A. Willard and A.F. Snoeck Henkemans (Eds), *Anyone Who Has a View : Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, 2003 ; F.H. van Eemeren (ed), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam University Press, 2003 ; F.H. van Eemeren, P. Houtlosser, *Argumentation in Practice*, John Benjamins Pub Co, 2005.

⁶³⁸ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, coll. « Argumentation, Sciences du langage », Éditions Kimé, 1996. Il s'agit, à notre connaissance, du seul ouvrage de ces auteurs traduit en langue française.

⁶³⁹ « La signification des mots rhétorique et dialectique peut être étendue jusqu'à ce que ces termes deviennent pratiquement interchangeables. Les oppositions fondamentales ne doivent cependant pas être obscurcies, la rhétorique renvoyant à l'art d'influencer un auditoire au moyen d'un discours efficace, et la dialectique à l'art de résoudre les divergences au moyen d'une dispute réglée », affirment les Professeurs van Eemeren et Grootendorst (F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., Chapitre 1. L'approche pragma-dialectique », p. 9, note 2, se référant aux travaux du Professeur Finocchiaro). D'un point de vue rhétorique, ajoutent-ils, « c'est toujours l'auditoire qui décide en dernier ressort de l'acceptabilité d'une argumentation, alors que dans

ci de redonner à la logique ni plus ni moins que la place qu'elle mérite au sein de la théorie de l'argumentation, qui va les amener à forger progressivement une théorie – en rupture avec les conceptions proposées dans les années 1950 par Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca et par Stephen Toulmin⁶⁴⁰ – conciliant dimensions descriptive et normative⁶⁴¹. La thèse générale des Professeurs van Eemeren et Grootendorst peut se résumer dans l'idée que l'objectif final d'une argumentation dialectique – qu'elle soit juridique, politique ou philosophique – est d'atteindre des *accords* entre les différentes parties en présence, de façon à pouvoir continuer de travailler ensemble, ou, en tout cas, au sein d'une même communauté. L'argumentation est ainsi considérée comme « un acte de langage complexe tendant à résoudre un conflit d'opinion, une dispute »⁶⁴². Or, s'il existe une multitude de moyens de mettre un terme à une dispute (comme, par exemple, anéantir son opposant, faire acte d'autorité, etc.), tous ne sont pas, loin s'en faut, des moyens de la *résoudre* – une résolution supposant d'arriver à un accord, à une position acceptable par les deux parties.

Partant, les Professeurs van Eemeren et Grootendorst envisagent les argumentations, *non pas simplement dans une perspective dialectique, c'est-à-dire celle d'un dialogue par lequel deux parties en désaccord essaient de résoudre leur dispute, mais aussi dans une perspective pragmatique*. Cette perspective est nommée *pragma-dialectique*⁶⁴³. Les interventions des parties dans la discussion ne sont pas envisagées du seul point de vue des thèses qu'elles véhiculent et des rapports logiques existant entre elles, mais sont également appréhendées

une perspective dialectique, l'acceptabilité d'un épisode dépend aussi du fait qu'il doit apporter une réelle contribution à la résolution du différend. On peut évidemment imposer à l'acceptabilité rhétorique des contraintes externes telles qu'elle devient, en pratique, identique à l'acceptabilité dialectique ; les différences résiduelles entre rhétorique et dialectique seraient alors essentiellement une question de procédure et d'intérêt accordé à certains phénomènes » (*Ibid.*, faisant allusion aux réflexions du Professeur Rescher).

⁶⁴⁰ Les Professeurs van Eemeren et Grootendorst formulent une double critique générale à l'encontre des travaux de Toulmin et de Perelman, dont on sait qu'il ont longtemps marqué l'étude de l'argumentation en Amérique du Nord et en Europe. Dans les deux cas, écrivent-ils, les résultats ne sont pas satisfaisants : « Cela est dû, au moins en partie, à leur a priori non fondé voulant que la logique n'ait rien à apporter à l'analyse de l'argumentation. Ils ne tiennent pas compte des développements modernes de la logique formelle, qu'ils assimilent à la logique classique syllogistique ou qu'ils déclarent purement et simplement inapplicable aux argumentation ordinaires ». Ce n'est cependant pas tout : « De façon plus significative, les propositions de Toulmin et Perelman souffrent surtout de ne pas voir que l'argumentation relève de l'utilisation du langage ordinaire, et qu'elle doit être traitée en conséquence. Lorsqu'elles isolent ainsi les argumentations des aspects pragmatiques de leur contexte verbal et non verbal, les solutions de rechange à la logique formelle sont finalement bien décevantes » (F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 1, p. 8). Exprimant ensuite des critiques plus spécifiques à chacune de ces deux conceptions, les théoriciens hollandais vont, en particulier, stigmatiser la tendance de Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca à identifier argumentation et rhétorique (« Pour eux, l'argumentation est valide si elle permet d'obtenir l'effet voulu, c'est-à-dire si elle produit ou renforce l'adhésion à la thèse qui lui est proposée ; par conséquent, la validité se mesure à l'efficacité par rapport à une cible » : *Ibid.*), critiquer leur tendance à ramener la théorie de l'argumentation à un inventaire de lieux topiques (« Pour eux, la théorie se résume à l'inventaire des types d'éléments pouvant servir de "points de départ" et des schèmes d'argumentation susceptibles de persuader un auditoire particulier ou universel » : *Ibid.*, p. 9), et pointer les insuffisances de leur théorie (« Outre de nombreuses autres lacunes qui compromettent toute application claire à l'analyse de l'argumentation, on peut reprocher aux catégories du catalogue de Perelman et Olbrechts-Tyteca de n'être ni correctement définies ni mutuellement exclusives » : *Ibid.*).

⁶⁴¹ « Notre approche de l'argumentation combine systématiquement les aspects descriptifs et normatifs », expliquent les promoteurs de l'approche pragma-dialectique (F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 1, p. 14, ainsi que p. 10).

⁶⁴² F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 1, p. 15.

⁶⁴³ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 1, p. 15 : « Notre perspective pragma-dialectique, qui repose sur une philosophie critique rationaliste, nous permet de donner un contenu concret à l'idéal de rationalité dans la discussion critique : *dialectique*, puisque deux parties tentent de résoudre un conflit d'opinions par la discussion méthodologique ; *pragmatique*, puisque les échanges de cette discussion sont décrits comme des actes de langage ».

comme des *actes de langage* qui, en tant que tels, ont des *effets* sur le déroulement de la discussion. De cette conception découle la considération suivante, qui forme le noyau dur de la théorie présentée par les deux auteurs hollandais : lorsque deux parties s'engagent dans un dialogue en vue d'une résolution de conflits, elles s'engagent, en principe, à agir dans le sens de cette résolution et à ne pas court-circuiter leur effort commun par des actes, y compris l'énonciation d'arguments qui iraient à l'encontre de cette résolution. Pour évaluer ou apprécier la légitimité des argumentations, les Professeurs van Eemeren et Grootendorst vont ainsi proposer un modèle idéal dont les composantes s'identifient à des actes de langage, accomplis au cours d'une discussion critique, qui visent à résoudre une dispute ou un conflit d'opinion⁶⁴⁴. Toute violation de ces règles sera constitutive d'un sophisme. C'est, du reste, de notre point de vue, l'un des principaux mérites de la perspective pragma-dialectique, assurément, que d'avoir montré que les sophismes (ou paralogismes) pouvaient être considérés, et donc analysés, comme des violations précises des règles de la discussion critique ou du discours argumenté⁶⁴⁵, y compris des règles qui ne s'apparentent pas à des règles logiques⁶⁴⁶. En guise d'ossature de ce modèle idéal, les Professeurs van Eemeren et Grootendorst vont poser dix règles, lesquelles correspondent aux quatre grandes étapes d'un dialogue argumenté : *l'étape de confrontation des points de vue*, qui a trait à la façon de présenter les points de vue et de les mettre en doute ; *l'étape d'ouverture*, qui concerne la distribution des rôles et la fixation du point de départ de la discussion ; *l'étape argumentative, proprement dite*, qui vise spécifiquement les moyens de défense⁶⁴⁷ ; et *l'étape de conclusion*, qui se rapporte à la façon d'établir le bilan de la discussion.

Ce sont ces règles, qui procèdent principalement de l'exigence de *légitimité pragmatique* d'un argument ou d'une argumentation dans un débat, que nous allons prendre en référence. Nous énoncerons donc, dans un premier temps, ces règles, avant d'en tirer un éclairage sur la façon dont a été menée la discussion argumentée au travers de la confrontation du rapport de Monsieur Pierre Bailly et du commentaire critique de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin.

Notre souci n'étant pas de présenter dans le détail la théorie proposée dans *La nouvelle dialectique*, nous nous limiterons à formuler les règles qui en sont issues – en amendant, au besoin, à la marge, leur formulation – sous leur forme la plus dépouillée⁶⁴⁸ :

⁶⁴⁴ « Nous proposons un modèle idéal dans lequel les règles du discours argumentatif raisonnable sont définies comme des règles pour l'accomplissement d'actes de langage au cours d'une discussion critique visant à résoudre une dispute. A chaque stade de la discussion, les règles précisent quelles sont les opérations que peuvent, ou que doivent, accomplir les participants souhaitant résoudre la dispute. Ces participants doivent observer toutes les règles permettant cette résolution » (F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 8. Analyse et évaluation du discours argumentatif », p. 120).

⁶⁴⁵ Voir : F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 8, p. 117 et s. L'on signalera que ces auteurs avaient mis en place, il y a maintenant une quinzaine d'années, un groupe de recherche sur « *Les sophismes comme violation des règles du discours argumentatif* », financé par l'Académie néerlandaise des Arts et des Sciences, et qui intégrait des experts en argumentation du NIAF (Institut néerlandais de recherche en sciences humaines et sociales).

⁶⁴⁶ Cette conception se démarque, de la sorte, nettement de l'approche standard, qui tend à définir le paralogisme comme une argumentation qui a les apparences de la validité sans être valide (F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, Chapitre 8, p. 117, citant, à cet égard, les travaux du Professeur Hamblin).

⁶⁴⁷ Y compris les prémisses sous-entendues, postulats, schémas d'argumentation ou formes logiques.

⁶⁴⁸ Nous ne rendrons, dès lors, pas compte des nuances qu'introduisent les Professeurs van Eemeren et Grootendorst, et, plus spécialement, des développements qu'ils consacrent, pour chacune des règles formulées, aux difficultés ou problèmes qu'est susceptible de soulever leur mise en œuvre. L'on relèvera, par ailleurs, que l'ensemble des règles énoncées par ces auteurs sont reprises sous la forme d'une liste dans le chapitre conclusion de leur ouvrage. Voir : F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 19. Conclusion. Les dix règles de la discussion critique », spéc. pp. 229-230.

Etape de confrontation :

Règle 1 : Les partenaires ne doivent pas faire obstacle à l'expression ou à la mise en doute des points de vue (règle de libre expression, libre examen) ⁶⁴⁹

Etape d'ouverture :

Règle 2 : La partie qui a avancé un point de vue est obligée de le défendre si l'autre partie le lui demande (règle de capacité de preuve) ⁶⁵⁰

Règle 3 : L'attaque doit porter sur le point de vue tel qu'il a été avancé par l'autre partie (règle de faire face) ⁶⁵¹

Etape de l'argumentation :

Règle 4 : Une partie ne peut défendre son point de vue qu'en avançant une argumentation relative à ce point de vue (règle de pertinence) ⁶⁵²

Règle 5 : Chaque partie doit assumer ce, et uniquement ce, à quoi elle s'est engagée par son argumentation (règle de responsabilité) ⁶⁵³

Règle 6 : Les points de départ acceptés, et eux seuls, servent de prémisses indiscutables, dont on procède ex concessu (règle de construction progressive) ⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 9. Sophismes de confrontation », pp. 123-131, spéc. p. 124. Cette règle 1 est violée si l'une des parties prétend soustraire certains points de vue à la discussion, si une des parties exerce sur l'autre des pressions morales (au mieux, l'opposant cède sans véritablement changer d'avis, c'est-à-dire sans être d'accord), ou si une des parties condamne le point de vue adverse en attaquant la personne de son défenseur.

⁶⁵⁰ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 10. Sophismes de rôles », pp. 132-140, spéc. p. 133. Cette règle 2 est violée si une des parties prétend se soustraire à la charge de la preuve (en présentant son point de vue comme évident et incontestable, en se portant comme personnellement garant de la justesse de la thèse défendue ou en formulant le point de vue de façon à le soustraire à toute évaluation), ou si une des parties inverse la charge de la preuve et la renvoie à la partie adverse.

⁶⁵¹ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 11. Sophismes dans la représentation des points de vue », pp. 141-148, spéc. p. 142. Cette règle 3 est violée si une des parties attribue à l'opposant un point de vue fictif ou travestit le point de vue de l'opposant (en le simplifiant, l'exagérant, le radicalisant, le généralisant, en omettant des nuances ou des restrictions, en le citant hors du contexte).

⁶⁵² F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 12. Sophismes de défense », pp. 149-157, spéc. p. 149. Cette règle 4 est violée si une des parties utilise des *moyens de persuasion non argumentatifs* (en jouant sur les émotions de l'assistance ou en exhibant ses propres qualités – ou des qualités qu'on lui attribue – pour gagner la confiance de l'assistance) ou si une des parties met en avant une *argumentation non pertinente* (qui manque sa cible, parce qu'elle est sans rapport avec la thèse avancée à l'étape de la confrontation).

⁶⁵³ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 13. Sophismes dans le traitement des prémisses implicites », pp. 158-166. Nous nous permettons, ici, de modifier quelque peu la formulation retenue par les auteurs, lesquels expriment la règle 5 dans les termes suivants : « Une partie ne doit pas attribuer abusivement à l'adversaire une prémisse implicite. Elle ne doit pas rejeter une prémisse qu'elle a elle-même laissée sous-entendue » (*Ibid.*, p. 159).

⁶⁵⁴ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique*, op. cit., « Chapitre 14. Sophismes dans l'utilisation des points de départ », pp. 167-176. Nous reformulons, ici, la règle à laquelle les Professeurs néerlandais assignent les deux directives suivantes : « Une partie ne doit pas présenter une prémisse comme un point de départ accepté alors que tel n'est pas le cas. Elle ne doit pas non plus refuser une prémisse si elle constitue un point de départ accepté » (*Ibid.*, p. 169). Cette règle sera notamment violée lorsque l'une des parties introduit, subrepticement, parmi les prémisses, la conclusion elle-même – ce qui correspond au sophisme du *raisonnement circulaire* ou de la *pétition de principe*.

Règle 7 : *Un point de vue ne peut être défendu de façon concluante que selon un schéma argumentatif adéquat, utilisé de façon correcte* (règle logique au sens large)⁶⁵⁵

Règle 8 : *Un point de vue ne peut être défendu de façon concluante que par des arguments logiquement valides ou susceptibles d'être validés moyennant l'explicitation d'une ou plusieurs prémisses* (règle logique au sens strict)⁶⁵⁶

Etape de clôture :

Règle 9 : *Les parties doivent s'en tenir aux résultats concluants de leur débat. Si un point de vue n'a pas été défendu de façon concluante, alors le proposant doit le retirer. Si un point de vue a été défendu de façon concluante, alors l'opposant ne doit plus le mettre en doute* (règle d'acceptation des résultats)⁶⁵⁷

A tous les stades de la discussion :

Règle 10 : *Les parties ne doivent pas utiliser des formulations insuffisamment claires ou d'une obscurité susceptible d'engendrer la confusion ; chacune d'elles doit interpréter les expressions de l'autre partie de la façon la plus soigneuse et la plus pertinente possible* (règle dite de clarté)⁶⁵⁸

Ces « règles », dont les Professeurs Frans van Eemeren et Rob Grootendorst estiment qu'elles doivent être respectées dans une saine dispute, et, donc, pour que les argumentations avancées par les parties à la discussion puissent être considérées comme *légitimes*, ont-elles été suivies, dans l'échange argumenté (il est vrai un peu atypique) auquel ont donné lieu la publication du rapport du conseiller Bailly et celle du commentaire critique de Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin ? Il serait, sans doute, illusoire de vouloir vérifier si chacune de ces règles ont été rigoureusement respectées, dans la mesure où l'échange argumenté que nous prenons pour objet ne saurait être identifié à un débat où les deux personnes physiques sont présentes à un moment et en un lieu donné. Les discussions, auxquelles sont susceptibles d'ouvrir les rapports et les conclusions publiés, contreviennent, bien évidemment, à ce que l'on pourrait appeler la règle dite des trois unités (unité de temps, unité de lieu, unité d'action), pour faire allusion à ce qui fut une des principales caractéristiques du théâtre classique. Ici, point d'unité de temps, ni

⁶⁵⁵ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 15. Sophismes dans l'application des schémas argumentatifs », pp. 177-189. Les auteurs posent, à ce titre, la règle suivante : « Une partie ne doit pas considérer qu'un point de vue a été défendu de façon concluante si cette défense n'a pas été menée selon un schéma argumentatif adéquat et correctement appliqué ». Cette règle est violée si une partie part d'un schéma argumentatif inapproprié (ex. : l'*argumentum ad consequentiam*) ou fait une utilisation incorrecte d'un schéma argumentatif adéquat (ex. : fausse analogie, pente glissante, généralisation hâtive etc.).

⁶⁵⁶ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 16. Sophismes dans l'utilisation des formes logiques de l'argumentation », pp. 190-204, spéc. p. 191 (« Une partie ne doit utiliser que des arguments logiquement valides, ou susceptibles d'être validés moyennant l'explicitation d'une ou plusieurs prémisses »). Cette règle 8 est violée si une partie confond dans son raisonnement des conditions nécessaires et des conditions suffisantes, des propriétés de la partie et des propriétés du tout, ou encore des propriétés relatives et des propriétés absolues.

⁶⁵⁷ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 17. Sophismes de clôture », pp. 205-214, spéc. p. 206. Cette règle est violée si le proposant prétend radicaliser la réussite de son argumentation (en concluant, par exemple, de sa défense réussie qu'il a réussi à prouver la *vérité* de son point de vue) ou si l'opposant s'emploie à radicaliser l'échec de l'argumentation adverse (en concluant de la mise en échec de la défense d'un point de vue qu'il a désormais prouvé la *vérité* du point de vue opposé).

⁶⁵⁸ F.H. van Eemeren et R. Grootendorst, *La nouvelle dialectique, op. cit.*, « Chapitre 18. Sophismes d'usage du langage », pp. 215-228, spéc. p. 216. Cette règle 10 est violée si une partie formule obscurément ce qu'il a à dire pour améliorer sa propre position dans la discussion (*sophisme d'obscurité*) ou lorsque l'ambiguïté est manipulée pour faire obstacle à la résolution d'une discussion (*paralogisme de manipulation de l'ambiguïté*).

de lieu, assurément⁶⁵⁹ ! De fait, certaines des dix règles que nous venons de reproduire, *prises à la lettre*, apparaîtront passablement inadaptées dans notre hypothèse, telle que la proposition imposant à une partie de retirer son point de vue, si celui-ci n'a pas été défendu de façon concluante (cf. la règle 9). Cela n'interdit toutefois pas de se référer à ce que l'on pourrait appeler *l'esprit* de ces règles, pour apprécier si elles semblent ou non devoir trouver une forme de traduction dans l'échange argumenté auquel nous nous intéressons.

Prenons-les successivement. La « *règle 1* », correspondant à *l'étape de confrontation*, semble, à première vue, ne pas concerner à l'hypothèse que nous examinons, et viser avant tout des situations où les deux parties se trouvent en présence l'une de l'autre. À la réflexion, cependant, l'idée, selon laquelle les partenaires « *ne doivent pas faire obstacle à l'expression ou à la mise en doute des points de vue* », trouve également à s'accomplir dans la configuration d'un débat argumenté tel que celui que nous avons pris en exemple. Et il est manifeste que le souci, voire l'effort, que nous avons pu caractériser tant dans le discours du conseiller rapporteur que dans celui des commentateurs de l'arrêt, de mettre à plat les arguments qu'ils pensent pouvoir invoquer au soutien de leur thèse, de les dévoiler, en prenant ainsi le parti de les soumettre à la critique intersubjective, participe bien d'une démarche consistant, non seulement à ne point contourner le débat, mais à l'alimenter. En exposant leurs arguments, les différents protagonistes, indirectement, favorisent la discussion, et finalement la mise en doute de leurs points de vue – même si leur objectif est, bien sûr, de convaincre de la pertinence de la thèse qu'ils défendent. Loin de les neutraliser, ils favorisent la libre expression, et stimulent le libre examen⁶⁶⁰. En ce qui concerne *l'étape d'ouverture*, et, en premier lieu, la « *règle 2* », les mêmes observations peuvent être faites, car il est indéniable que les différentes parties, dans le processus argumentatif que nous étudions, ont fait en sorte de justifier de leur point de vue, et non de se soustraire à l'exigence de justification⁶⁶¹. Quant à la « *règle 3* », dénommée « *règle de faire face* », il est permis d'affirmer qu'elle a pleinement trouvé à s'accomplir dans le commentaire critique, publié par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin. Tout le long de leur argumentation, ces auteurs, comme nous l'avons constaté, se sont, en effet, montrés soucieux de présenter, à chaque phase de leur analyse, le point de vue et l'argumentation développés par Monsieur Bailly, *sans les déformer ni les travestir*, et de les soumettre, *en tant que tels*, à l'examen critique et à la contre argumentation. Par là même, c'est également la « *règle 10* », en ce qu'elle commande d'interpréter les expressions de l'autre partie « *de la façon la plus soignée et la plus pertinente possible* », qui se trouve scrupuleusement respectée. Concernant *l'étape de l'argumentation*, nous ne voyons pas très bien à quel titre l'argumentation déployée par les protagonistes dans cet échange argumenté contreviendrait, à quelque titre que ce soit, aux règles 4, 5, 6, 7 et 8 : chacune des parties en présence s'est employée à défendre une argumentation directement en prise avec le point de vue défendu, aucune n'a attribué à l'adversaire une prémisse implicite qui s'avérerait, en fait, étrangère à son raisonnement, aucune non plus n'a véritablement procédé à une pétition de principe, et les parties paraissent s'être conformées aux exigences logiques consacrées par la « *règle logique au sens large* » et la « *règle logique au sens strict* ». Le seul élément qui pourrait, à cet égard, susciter des interrogations tient au constat que ces argumentations prennent pour référence un modèle d'interprétation (juridique) dont l'assise rationnelle est aujourd'hui ébranlée. Mais, à l'aune des règles issues de *La nouvelle dialectique*, qui visent à définir les conditions d'une

⁶⁵⁹ Tout au mieux pourrait-on convenir qu'il y ait un semblant d'unité d'action, si l'on entend par là qu'une intrigue principale doit avoir lieu du début à la fin de la « pièce », que les « actions » accessoires doivent contribuer à l'« action » principale, et que « l'œuvre » ne doit contenir qu'une seule intrigue majeure.

⁶⁶⁰ Pour reprendre la dénomination attribuée à la règle 1, dite « règle de libre expression, libre examen ».

⁶⁶¹ Même si l'on a pu relever, dans la première phase de l'argumentation de Monsieur Pierre Bailly, une manière (rhétorique), de placer son raisonnement sous la bannière de l'évidence.

« saine dispute », ce problème n'en est pas un, puisque le modèle pris en référence joue implicitement le rôle d'une prémisse acceptée par les deux parties – quoi que l'on puisse penser de sa pertinence. C'est, dès lors, non pas une atteinte aux règles « logiques » que l'on peut caractériser, mais bien plutôt le respect à la lettre de la directive selon laquelle les points de départ acceptés peuvent servir de prémisses indiscutables (« règle 6 »).

A vrai dire, la seule « règle » qui s'avère, véritablement, problématique est *la neuvième*. Car, même si la forme (publications successives) que prennent les discours argumentés du conseiller rapporteur et des commentateurs de l'arrêt semble rendre inopérante l'application et le recours à cette directive, il n'en reste pas moins que l'impossibilité pour les deux parties de retirer les points de vue qui ne seraient pas avérés concluants ou s'en remettre au point de vue qui a été défendu de façon concluante *paraît* affecter, et même vicier, le processus argumentatif engagé. Ce *serait* sans doute le cas *si* ce processus s'achevait sur le commentaire critique qui fait suite à la publication du conseiller rapporteur puisqu'aucune des parties à cette discussion argumentée ne sera tenue, le cas échéant, d'amender son propre discours. De fait, selon cette optique, l'argumentation défendue dans le cadre du commentaire critique ne *servirait* à rien. Il y a, cependant, dans cette manière de voir, comme une erreur d'optique. Une tendance à faire de l'opinion du conseiller rapporteur l'alpha et l'oméga de l'échange argumenté, doublée du postulat que le processus argumentatif entre dans sa phase terminale avec la parution d'un commentaire du type de celui publié par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin – ce qui débouche sur la conclusion qu'un tel commentaire aspire finalement à infléchir le point de vue du conseiller rapporteur à propos d'une affaire qui a, pourtant, d'ores et déjà donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation. Une telle conception, qui apparenterait, peu ou prou, le commentaire critique à un discours proprement monologique, confine à l'absurde. Le commentaire critique, que nous avons examiné, vise effectivement à convaincre – sa teneur argumentative en atteste. Mais à convaincre qui ? Et dans quel cadre ? La réponse, à notre sens, ne fait aucun doute : il ne s'agit évidemment pas d'influer sur le rapport élaboré à l'occasion de l'affaire soumise à la Cour de cassation, mais de convaincre les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans la perspective *d'autres affaires* où la *même question* de droit serait, expressément ou non, posée à la Haute juridiction. De convaincre *les magistrats pour l'avenir*. Si l'on tient compte de cette donnée particulière, alors – et c'est ce qu'il importe de souligner – la « règle 9 », non seulement recouvre sa pertinence, et, mieux encore, (re)devient pleinement applicable, dans l'hypothèse envisagée. Car, dans ce cas, la perspective de tirer les conséquences de l'échange argumenté *paraît*, de nouveau, plausible.

Face à l'argumentation qui avait été opposée au conseiller rapporteur, les magistrats de la Cour de cassation⁶⁶² peuvent, théoriquement, adopter trois attitudes. *Première option* : l'argumentation issue du commentaire critique convainc les magistrats, en ce sens qu'ils tiennent pour concluant le point de vue défendu à ce titre, *et* ceux-ci décident de se rallier à la position défendue par les auteurs de ce commentaire, finalement. Dans ce cas, le processus argumentatif, en tant que tel, connaît un aboutissement à la fois parfait et idéal. *Seconde option* : l'argumentation issue du commentaire convainc certes les magistrats, *mais* ceux-ci décident de ne pas revenir sur la position adoptée précédemment – et donc de ne pas consacrer le point de vue défendu par les auteurs du commentaire critique. Dans ce cas, il est indéniablement porté atteinte à la « règle 9 », énoncée plus haut – ce qui signifie que le

⁶⁶² Parmi lesquels ceux qui auront éventuellement en charge la rédaction d'un rapport dans les affaires qui offriront à la Cour de cassation la possibilité de confirmer, d'amender ou d'abandonner la solution qu'elle avait précédemment consacrée.

processus argumentatif, en tant que tel⁶⁶³, s'avère vicié. *Troisième option* : l'argumentation issue du commentaire ne convainc pas, et les magistrats maintiennent en quelque sorte le cap, en réitérant et confortant la solution qu'ils ont consacrée. Dans ce cas, le processus argumentatif se déroule, jusqu'à son étape ultime, suivant un mode pleinement légitime⁶⁶⁴, au regard des règles argumentatives formulées dans *La nouvelle dialectique*.

Quelle que soit, à l'arrivée, l'option retenue par les magistrats, le processus argumentatif engagé avec les écrits du conseiller rapporteur et des commentateurs de l'arrêt rendu par la Cour de cassation rentrera dans sa phase terminale et connaîtra son dénouement ultime, puisqu'intervient l'étape, dont on pouvait se demander si elle ne se trouvait pas occultée : *l'étape de clôture* (de l'argumentation). La « règle 9 » aura, dès lors, vocation à jouer. Qu'elle soit respectée ou non, elle pourra, sans conteste, faire office de référence – d'étalon. Ce constat est, nous semble-t-il, intéressant, car il révèle que la condition *sine qua non* pour que le processus ou l'échange argumentatif se déroule *de façon légitime*, au regard, répétons-le, des règles formulées par les Professeurs van Eemeren et Grootendorst, réside dans *le rejet de toute séparation radicale entre les arguments du conseiller rapporteur et ceux de la Chambre sociale de la Cour de cassation*. Postuler que les arguments invoqués dans le rapport sont propres au conseiller rapporteur, et ne sauraient, d'une quelconque manière, être envisagés comme *pouvant être* ceux qui fondent la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation reviendrait à rendre inopérant et sans intérêt le processus argumenté pourtant à l'œuvre, au regard de l'exemple que nous avons pris, à travers la publication successive du rapport et du commentaire critique de l'arrêt, et à ruiner en réalité toute perspective de dialogue : de dialogue, dans cette optique, il n'y aurait pas, dans la mesure où le conseiller rapporteur n'a pas vocation, s'agissant de l'affaire concernée, à revenir sur son analyse. Admettre, en revanche, que les raisons invoquées par le conseiller rapporteur *ont pu* être les raisons retenues par la Cour de cassation pour opter en faveur de l'une des thèses en présence conduit à considérer que la phase de clôture du processus argumentatif est encore à venir, que la discussion n'est pas close, et que la décision, que tente d'influencer la contre argumentation proposée dans le commentaire critique, est encore à venir.

L'hypothèse du rapprochement entre les raisons (affichées) du conseiller rapporteur et les raisons (inavouées) de la Cour de cassation apparaît, dès lors, consubstantielle à celle du dialogisme.

Double enseignement

Cette ultime considération annonce le double enseignement qui nous semble pouvoir être tiré des développements précédents.

Le premier enseignement, que l'on pense pouvoir dégager, est que *la publication d'un rapport (et, par extension, de conclusions), constitue potentiellement le premier pas d'un dialogue argumenté, que peuvent emboîter des auteurs qui entendraient contester la solution retenue par*

⁶⁶³ Bien entendu, d'autres raisons que celles qui avaient été invoqués dans le cadre de la discussion argumentative peuvent inciter la Cour de cassation à maintenir sa position (tel que le souci de ne pas revenir sur une solution récemment consacrée), mais ces raisons demeurent étrangères à l'échange argumenté auquel le problème de fond a donné lieu.

⁶⁶⁴ Nous laissons délibérément de côté l'hypothèse dans laquelle les magistrats se rallieraient à la position défendue par le commentaire, alors même que l'argumentation qui lui est associée ne les convaincrerait pas. Cette hypothèse n'apparaît – rationnellement – envisageable que si *d'autres arguments* que ceux invoqués dans le commentaire ont été avancés, *en dehors donc de l'échange d'arguments, auquel ont donné lieu la publication du rapport, d'une part, et du commentaire critique, d'autre part.*

la Cour de cassation, en soumettant précisément à la critique l'argumentation proposée par le conseiller rapporteur (ou l'avocat général) et en lui opposant une contre argumentation de nature à réfuter les arguments invoqués par le magistrat et à fonder la thèse contraire à celle que la Cour a, finalement, consacrée, le cas échéant. Cette publication est susceptible d'enclencher un échange d'arguments orienté vers le souci de résoudre et de régler un problème juridique, plus précisément une question juridique d'ordre normatif. Un échange d'arguments qui respecte ce que les Professeurs Frans van Eemeren et Rob Grootendorst définissent comme les règles constitutives d'une « saisine dispute », c'est-à-dire les règles d'un dialogue qui reste, de bout en bout, ancré sur le terrain de l'argumentation et n'en dévie point, évitant de la sorte de sombrer dans la (dérive) sophistique. *La publication d'un rapport (ou de conclusions) ouvre ainsi la voie à une mise en discussion des raisons invoquées par le magistrat dans ce texte qui, idéalement, se réalisera dans le cadre proprement argumentatif⁶⁶⁵, par opposition à ce que l'on pourrait nommer un « cadre rhétorique ». Elle offre, en définitive, la perspective d'un dialogue argumenté, digne de ce nom.*

Cet enseignement en appelle un second, qui a trait à la question – à plusieurs reprises évoquée dans les pages précédentes – de la légitimité de la *forme d'assimilation* entre les arguments invoqués par le conseiller dans son rapport et ceux ayant conduit les magistrats, participant à la formation qui était amenée à statuer et à rendre l'arrêt de la Cour de cassation, à consacrer la thèse que le conseiller rapporteur les invitait à adopter. L'examen de l'argumentation avancée par Messieurs Christophe et Jean-Yves Frouin, dans leur commentaire de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 2 février 2006, nous a permis de constater que l'argumentation proposée par le conseiller Pierre Bailly, dans le rapport qu'il publia, était le « point de référence » à partir duquel se constituaient l'analyse critique et l'argumentation développées par les auteurs de ce commentaire, et que ces derniers se référaient, à chaque étape de leur raisonnement, aux arguments avancés par le conseiller rapporteur pour bâtir leur analyse critique, écarter les éventuels obstacles à la consécration de la thèse qu'ils défendent, ou tenter d'ébranler les fondements de la thèse consacrée par la Cour de cassation, en particulier. *Cette façon, pour les coauteurs du commentaire critique, de mener leur argumentation, en puisant les arguments qui, selon eux, sous-tendent la solution de l'arrêt, et fondent l'interprétation normative que cet arrêt consacre, dans l'argumentation avancée par le conseiller rapporteur dans son rapport publié, révèle que ces auteurs tendent à opérer une forme d'assimilation entre les raisons ou arguments développés par le conseiller rapporteur et les raisons ou arguments (implicitement) retenus par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Si bien que la critique de l'arrêt passe, dans la démarche que ces auteurs adoptent, par la critique de l'argumentation du conseiller rapporteur. C'est là, manifestement, que les coauteurs du commentaire estiment pouvoir trouver une justification de la position adoptée par la Cour, dont la décision, en tant que telle, ne dévoile pas de façon explicite.*

Une réaction, assez naturelle au fond, pourrait consister à opposer à cette manière de conduire le raisonnement que le glissement des arguments explicitement invoqués par le conseiller rapporteur aux arguments implicitement retenus par les magistrats de la Cour de cassation qui ont rendu l'arrêt s'avère contestable, et qu'il procède d'une inférence abusive. Cette objection, qui tend à officier comme une sorte de rappel à l'ordre rationnel, s'avère, cependant, éminemment fragile – y compris sur le plan rationnel. Il ne faut, en effet, pas se méprendre sur la démarche

⁶⁶⁵ Ce qui, précisons-le, ne garantit pas nécessairement la *rationalité* des argumentations avancées. Car il se peut fort bien, par exemple, que les argumentations proposées par les deux parties s'accordent sur des prémisses erronées ou infondées, *du point de vue rationnel*. Dans une telle hypothèse, l'argumentation la plus convaincante restera critiquable sous cet angle, quand bien même elle conduirait à consacrer la thèse qu'elle vise à défendre.

adoptée par les auteurs du commentaire critique. Ceux-ci ne proclament ni ne suggèrent, à aucun moment, qu'il y aurait lieu d'identifier, purement et simplement, les raisons et arguments du conseiller rapporteur aux raisons et arguments retenus par la Cour de cassation dans l'arrêt. Ils ne soutiennent pas non plus que les raisons et arguments du conseiller rapporteur sont ceux qui ont, au plan psychologique, décidé chacun des magistrats participant à la formation de jugement, ou du moins la majorité de ces magistrats, à se rallier à la solution préconisée dans le cadre du rapport. Leur démarche, à notre avis, est tout autre. S'inscrivant dans une perspective argumentative, les coauteurs du commentaire se devaient, afin précisément de développer une argumentation convaincante et pertinente, de soumettre à examen critique les arguments et les raisons qui sous-tendent la thèse qu'ils entendaient contester. Or, dans la mesure où ces arguments et raisons ne se trouvent pas dans la décision elle-même, c'est, tout naturellement, vers un autre discours – un discours qui comporte, quant à lui, une argumentation au soutien de ladite thèse – que ces auteurs se sont tournés ; et ce discours ne pouvait qu'être le rapport publié par le conseiller rapporteur, puisqu'il est le seul à faire apparaître une telle argumentation. Les auteurs du commentaire n'ont rien fait d'autre que de puiser dans les (seules) raisons et arguments qu'il leur était donné de voir et auxquels il leur était permis d'accéder – comme tout un chacun, du reste. Est-ce à dire que l'attitude consistant plus ou moins à « se rabattre » sur l'argumentation proposée par le conseiller rapporteur s'apparente à une option par défaut ? Sans doute, dans une certaine mesure. Mais dans une certaine mesure seulement. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les propositions conclusives formulées par le conseiller rapporteur ont été entérinées par la Cour de cassation, mais aussi, et surtout, que l'un des coauteurs de ce commentaire, Monsieur Jean-Yves Frouin, a lui-même officié, pendant longtemps, au sein de la Chambre sociale de la Cour de cassation, et a, très souvent, eu en charge l'élaboration d'un rapport. Prendre en considération cette donnée incontestable ne s'apparente nullement à un argument d'autorité, il constitue, tout au contraire, un argument de raison – d'une force considérable à nos yeux. Car elle permet d'affirmer que Monsieur Jean-Yves Frouin, connaissant parfaitement la réalité du processus décisionnel au sein de la Chambre sociale (et mesurant exactement, qui plus est, ce que peuvent être les attentes des magistrats, à la suite d'un arrêt qu'ils ont rendu), a jugé naturel de se référer à l'argumentation produite par le conseiller rapporteur. Ce qui laisse augurer que celle-ci incarne la *matrice argumentative fondatrice* de l'arrêt rendu par la formation auquel le dossier avait été soumis (dès lors bien évidemment que la Chambre sociale a, selon l'expression consacrée, « suivi » le conseiller rapporteur). Il y a donc, *a priori*, de bonnes raisons de considérer que cette sorte de glissement de l'argumentation du conseiller rapporteur vers celle qui sous-tend l'arrêt reflète en partie la manière dont une décision est prise au sein de la Cour de cassation. Il est difficile, pensons-nous, de ne pas tirer de cet aspect un signe fort, ou à tout le moins un indice, qui tend à fragiliser l'objection présentée ci-dessus.

Cette objection ne résiste, de toutes façons, pas, selon nous, à une analyse théorique plus poussée. A bien y regarder, cette objection postule – s'agissant du discours argumenté du conseiller rapporteur et de la décision prise par la Cour de cassation – d'un lien généalogique *absolu* entre le texte et son (ou ses) auteur(s), d'où découle justement la considération que les raisons et arguments *du* conseiller rapporteur ne sont pas celles *des* magistrats ayant statué (ou *de* la Chambre sociale de la Cour de cassation, en tant qu'institution). C'est sur ce point que l'on peut arguer que l'objection repose elle-même sur une assise rationnelle extrêmement fragile, puisqu'elle apparaît tout entière fondée sur une conception du lien entre le texte et son auteur, la conception *philologique*, qui s'est trouvée passablement déstabilisée par le tournant interprétatif contemporain et apparaît aujourd'hui rationnellement infondée. Si l'on accepte de prendre en considération les transformations paradigmatiques qui ont affectés l'étude tant de l'interprétation que du langage, durant le XX^{ème} siècle, l'on ne peut qu'admettre ou convenir

que le discours argumenté du conseiller rapporteur, en tant que texte publié, bénéficie, en réalité, d'une certaine autonomie par rapport à son auteur, autonomie qui est, par ailleurs, renforcée par le fait que ce texte est le seul qui satisfère peu ou prou à l'exigence de justification externe de la décision, non pas bien évidemment de ce magistrat, mais de la Chambre sociale de la Cour de cassation elle-même.

Voilà ce qui ébranle l'objection envisagée : du point de vue de sa réception, proprement dite, le rapport du conseiller rapporteur officie comme mode de justification (par l'argumentation) de l'arrêt rendu par la Cour de cassation. Dans cette optique, l'on peut même avancer qu'il semble faire corps avec cette décision, en ce sens qu'il en constitue le versant argumentatif

⁶⁶⁶

2. Prolongements heuristiques

Le déploiement argumentatif auquel donne lieu le rapport ou les conclusions, et qui, de facto, contribuent à accompagner la décision de la justification « externe » qu'elle ne contient pas intrinsèquement permet, de façon intéressante dans une perspective dialogique, de repérer des constantes dans l'argumentation fondant les solutions jurisprudentielles. Par ailleurs, le dévoilement d'une argumentation permet d'examiner les raisons de l'interprétation à l'aune critique de la théorie du droit.

Le repérage de constantes ou de lignes argumentatives

L'immersion dans les discours argumentés produits par les avocats généraux et les conseillers rapporteurs permettra le cas échéant de dégager des *constantes argumentatives*, dont les arrêts ne portent évidemment pas trace, mais qui pourront se révéler utiles, pour anticiper une position à venir de la Cour de cassation sur une question nouvelle. Elles permettront de tester ou vérifier, en d'autres termes, si l'argumentation retenue par le magistrat, dans une affaire, est maintenue ou non par celui-ci, dans une autre affaire, s'agissant d'une même disposition. C'est ainsi, par exemple, que l'on pourra constater que l'argumentation défendue par le conseiller Pierre Bailly, dans l'affaire *Philippot et a. c/ Albert et a.* qui donna lieu à l'arrêt du 2 février 2006, et que nous avons examinée plus haut, s'avère parfaitement en phase avec le raisonnement que le magistrat avait, quelques mois auparavant, déployé dans l'affaire *Wolber*⁶⁶⁷, et auquel souscrira, semble-t-il, la Chambre sociale dans son arrêt du 15 juin 2005. Pour s'en tenir à l'essentiel, l'on rappellera que Monsieur Bailly, dans la plus récente de ces deux affaires, à l'occasion de laquelle la Cour avait à se prononcer sur la question de la sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective, s'était, non seulement refusé à faire de la recherche de la volonté du législateur la clef de l'interprétation des dispositions en cause, mais également montré sceptique, quant à la possibilité de tirer des « péripéties législatives » intervenues en la matière (et qui ont abouti à modifier, à plusieurs reprises, la ré-daction des articles L. 321-4-1

⁶⁶⁶ Versant qui n'a certes pas la portée normative de la solution et du principe consacrés par la Cour de cassation, mais qui ne correspond pas moins à une dimension essentielle de l'arrêt, surtout à une époque comme la nôtre où l'exigence de justification des décisions revêt un caractère tout à fait primordial – notamment en ce qui concerne les arrêts de la Haute juridiction.

⁶⁶⁷ P. Bailly, « Quand la réintégration est matériellement impossible », Rapport Cass. soc. 15 juin 2005, *Sem. soc. Lamy* 2005, n° 1221, pp. 5-9.

et L. 321-9 du Code du travail), des éléments permettant de caractériser de façon certaine la volonté du législateur.

Il eût évidemment été quelque peu déconcertant que ce même magistrat ait pu, dans une précédente affaire, brandir une argumentation située aux antipodes de celles-ci, en tirant, par exemple, des conséquences décisives de ce qu'il aurait identifié comme marquant la volonté du législateur ! Ce ne fût toutefois pas le cas, puisque l'on retrouve cette même analyse, cette *même ligne argumentative*, dans le rapport de l'affaire *Wolber*. Elle servira, cette fois, à « écarter un argument *a contrario* » que les demandeurs aux pourvois (les salariés), tiraient, dans leur mémoires, des dispositions issues de la loi *Aubry II*, pourtant non applicable en la cause, et qui consistait - apparemment - à soutenir, *sur cette base*, que, lorsque le législateur veut limiter les conséquences de l'annulation des licenciements, il le prévoit expressément ; et que, dès lors que la loi ne prévoit *aucune dérogation* à l'obligation de réintégrer des salariés, le juge, qui décide d'annuler les licenciements, doit impérativement faire droit à la demande de réintégration demandée par les salariés – quand bien même l'entreprise aurait été dissoute et ses actifs cédés⁶⁶⁸. C'est pour réfuter cette argumentation que le haut magistrat opposera qu'il est « vain de tirer un quelconque argument probant de ces péripéties législatives, dont on ne saurait conclure qu'elles démontrent la volonté du législateur de cantonner les conséquences de l'annulation des licenciements »⁶⁶⁹. Il est manifeste que cette considération préfigure l'argumentation que développera, quelques mois plus tard, dans l'affaire *Philippot et a. c/ Albert et a.*, ce magistrat, dans un nouveau rapport. Cette illustration révèle que *les argumentations déployées dans le cadre des rapports et conclusions publiées peuvent s'enchevêtrer et s'inscrire dans une sorte de réseau ou de maillage*. L'on peut, dès lors, en déduire que ces discours pourront, notamment, servir de points d'appui pour une analyse critique, dans l'hypothèse où une ligne argumentative serait brisée ou interrompue par un arrêt, ou de clefs de lecture permettant de prévoir⁶⁷⁰ quels éléments la Cour de cassation est susceptible de privilégier, pour la résolution d'une question sur laquelle elle n'a pas encore eu à se prononcer.

La possibilité d'une analyse critique sous l'angle de la théorie du droit

La publication des rapports et/ou des conclusions, nous venons de le constater, est de nature à favoriser la discussion critique sur les raisons et arguments qui ont été avancés au soutien de l'interprétation ou, plus généralement, de la solution retenue par la Cour de cassation, et donc à l'appréciation et l'évaluation de leur pertinence propre, ainsi que de celle de la propositions qu'ils visent à conforter. Cette possibilité d'apprécier et d'évaluer la pertinence, autrement dit

⁶⁶⁸ Ce qui était le cas en l'espèce.

⁶⁶⁹ P. Bailly, « Quand la réintégration est matériellement impossible », *op. cit.*, p. 8. Au soutien de son analyse, Monsieur Bailly produit l'argumentation suivante : « si la loi du 19 janvier 2000 a exclu l'application du 2^e alinéa de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, qui prévoit la nullité de la procédure de licenciement en l'absence de plan social, lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective, cette suppression est la conséquence d'une inadvertance législative ou, plus précisément, de l'invalidation par le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 13 janv. 2000, n° 99-423 DC) d'un nouvel alinéa 2, issu de l'amendement « Michelin », qui imposait aux employeurs de conclure un accord de réduction du temps de travail avant tout licenciement collectif, sans préciser la sanction de cette obligation. L'article L. 321-9 du Code du travail, propre aux procédures collectives, renvoyait ainsi au 2^e alinéa de l'article L. 321-4-1, tel qu'il devait résulter de cette loi, pour dispenser l'employeur d'une telle obligation en cas de redressement ou de liquidation. Mais comme le nouvel et deuxième alinéa de l'article L. 321-4-1 a disparu, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel, l'article L. 321-9 ainsi modifié renvoyait à l'ancien alinéa 2, relatif à la nullité du plan social... ». Or, cette « anomalie a été corrigée depuis par la loi de modernisation sociale, qui a maintenu l'obligation d'établir un plan social et la sanction qui s'y attache, dans les procédures collectives » (*Ibid.*).

⁶⁷⁰ Sous réserve qu'elle maintienne la ligne argumentative qui a pu être identifiée en amont.

la force, de ces raisons et arguments n'ouvre pas seulement sur la possibilité de juger de leur aptitude à susciter l'adhésion ou, mieux, à convaincre. Elle débouche également, au moins potentiellement, et ce point est capital dans notre propos, sur la possibilité d'en apprécier la pertinence et, pourrions-nous dire, la validité, à l'aune de la théorie du droit. En d'autres termes, elle ouvre aussi sur la possibilité d'un contrôle des assises, des soubassements ou des fondements théoriques du raisonnement qui est présenté à l'appui de l'interprétation ou de la solution adoptée par la Cour de cassation.

Pour rendre un tant soit peu concrète cette dimension, le mieux est de prendre un exemple.

Nous retiendrons à cette fin les conclusions publiées par l'avocat général Jacques Duplat dans la *Semaine sociale Lamy*⁶⁷¹, le 27 mars 2006, à propos d'une affaire qui permit à la Cour de cassation de trancher, dans un arrêt rendu en date du 15 mars 2006 (soit douze jours avant que ces conclusions soient ainsi diffusées), la question de savoir si le licenciement prononcé en raison du refus par un salarié de la modification de sa rémunération proposée suite à la réduction du temps de travail à trente cinq heures, *décidée unilatéralement par l'employeur*, constitue ou non un licenciement pour motif économique⁶⁷².

Pour comprendre les données du problème, il convient de rappeler la teneur d'une disposition essentielle (et abondamment commentée) de la loi Aubry du 19 janvier 2000 sur la réduction négociée du temps de travail, à savoir son article 30-II : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail ». Comme l'explique l'avocat général, la Chambre sociale de la Cour de cassation était, à cette occasion, amenée à répondre à une double question : « le licenciement prononcé en vertu d'une décision unilatérale de l'employeur est-il de même nature que celui prononcé dans le cadre d'un accord de réduction du temps de travail et doit-il en conséquence être soumis au même régime que celui prévu par l'article 30, II, de la loi du 19 janvier 2000 ? » ; à supposer que la réponse soit négative, « quelle est sa nature ? »⁶⁷³. Approuvant le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Metz, et rejetant le pourvoi formé contre cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation répondra à ces questions par un attendu de principe que l'on peut qualifier de limpide : « Mais attendu que le licenciement prononcé en raison du refus par un salarié de la modification de sa rémunération proposée, non en application d'un accord collectif, mais par suite d'une mise en œuvre unilatérale dans l'entreprise de la réduction du temps de travail à 35 heures, constitue un licenciement pour motif économique »⁶⁷⁴. Une telle formule a beau être parfaitement ciselée, il n'en reste pas moins qu'elle ne livre guère d'éléments tangibles, du point de vue des justifications qui fondent la proposition normative qu'elle exprime... Comme l'ont révélé les développements précédents, si l'on veut approcher, sinon les justifications, en tout cas des justifications, de la solution consacrée dans cet arrêt par la Haute juridiction, une inclinaison naturelle, et, à nos yeux, relativement légitime, conduira à se tourner vers le raisonnement argumenté proposé par l'avocat général dans ses conclusions publiées – faute, pour le conseiller rapporteur, dans cet exemple, d'avoir diffusé ne serait-ce qu'une version remaniée du rapport rédigé à l'occasion de l'examen de ce pourvoi. C'est en se plongeant, littéralement, dans ce discours, que l'on pourra, le cas échéant,

⁶⁷¹ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », Avis Cass. soc. 15 mars 2006, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1254, p. 8.

⁶⁷² Cass. soc. 15 mars 2006 (pourvoi n° 05-42.946), *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1254, p. 11.

⁶⁷³ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁷⁴ Cass. soc. 15 mars 2006, préc.

puiser les justifications dont l'arrêt ne porte, à la vérité, aucune trace, et qui visent à fonder, d'une part, la différenciation implicitement faite entre la nature du licenciement en raison du refus par le salarié de la modification de sa rémunération faisant suite à une réduction de la durée du travail mise en œuvre par voie de *décision unilatérale* de l'employeur et la nature de celui prononcé suite à une réduction *négociée* du temps de travail, et, d'autre part, le choix de reconnaître (ou de conférer) une *nature économique* au licenciement intervenu dans l'hypothèse de la mise en œuvre unilatérale.

En l'occurrence, les conclusions (autrement dit l'avis) de l'avocat général conduisent à mettre en avant *trois ordres de justifications*, qui constituent d'ailleurs les trois principales phases de l'argumentation déployée par le magistrat. Recensons-les.

Dans un *premier temps*, Monsieur Jacques Duplat va s'attacher à éprouver le bien fondé de la thèse, défendue par le pourvoi, selon laquelle le licenciement du salarié prononcé en l'absence d'accord de réduction du temps de travail, parce qu'il refuse une réduction de sa rémunération proportionnelle à la réduction de sa durée de travail effectif pour la ramener à la durée légale, a nécessairement la même nature de licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique que le licenciement prononcé pour la même cause dans le cadre d'un accord négocié. Pour ce faire, il va convoquer le couple (dialectique) de « la *lettre et l'esprit* de l'article 30, II, de la loi du 19 janvier 2000 »⁶⁷⁵. Ce sont deux arguments dans le même sens qui se trouvent ici mis en avant par Monsieur Duplat. « La lettre de la loi », tout d'abord : sous cette bannière, le magistrat fera valoir que la loi, à travers ce texte, institue un système spécifique qui s'applique uniquement dans l'hypothèse où un accord de réduction du temps de travail a été conclu, mais aussi qu'une interprétation restrictive du champ d'application de ce texte s'impose, en considération de son caractère dérogatoire⁶⁷⁶. « L'esprit de la loi », ensuite : l'avocat général, en invoquant cette figure classique de l'interprétation juridique, va se référer aux motifs et aux travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 2000, en relevant, d'une part, que la dérogation institué par ce texte, à cet égard, ne se justifiait que par l'existence d'un accord négocié de réduction du temps de travail et, d'autre part, qu'un amendement, visant à étendre ce système dérogatoire, avait été rejeté suite à l'opposition du rapporteur du projet de loi⁶⁷⁷. Et l'avocat général de tirer de ces arguments la conséquence qu'il ne peut être

⁶⁷⁵ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷⁶ « Il ne peut être contesté que l'article 30, II, a prévu un système tout à fait spécifique de licenciement, qualifié « de licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique » et soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail [nous rectifions, au passage, les erreurs matérielles qui se sont manifestement glissées dans le texte de l'avocat général, au stade de la publication de l'avis], uniquement pour les salariés qui refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de RTT. La loi est le fondement de cette catégorie particulière de licenciement, qualifié de « *sui generis* » par le ministère du Travail dans sa circulaire du 3 mars 2000. Le caractère dérogatoire de ce type de licenciement justifie qu'il soit fait une interprétation restrictive de son champ d'application » (J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 9).

⁶⁷⁷ « Il résulte (...) de l'exposé des motifs de la loi du 19 janvier 2000 que ces dispositions particulières en matière de licenciement « réalisent un équilibre entre l'intérêt collectif qui s'attache à la pleine application d'un accord global portant sur la réduction du temps de travail et les droits des salariés concernés quand il y a modification du contrat de travail ». Le rapporteur devant l'Assemblée nationale, M. Gaëtan Gorce, a également fait valoir que les procédures entourant les licenciements collectifs semblaient inutilement « redondantes », compte tenu du caractère négocié de l'accord et des garanties qu'il comporte. Ainsi, toutes les entorses au droit commun du licenciement ont bien été justifiées, au cours des travaux préparatoires, par l'existence d'un accord négocié de réduction du temps de travail. Enfin, il convient d'observer que, devant la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, un amendement prévoyant l'extension du régime particulier de licenciement aux salariés refusant une modification de leur contrat de travail à la suite d'une réduction du temps de travail non négociée a été rejeté à la suite de l'opposition du rapporteur ayant observé que dans une telle hypothèse « la réduction du temps de travail résultait en fait d'une décision unilatérale de l'employeur et qu'il

« soutenu que le licenciement prononcé en l'absence d'accord de RTT a la même nature que celui prononcé pour la même cause dans le cadre d'un accord de RTT »⁶⁷⁸.

A cette phase de justification de l'interprétation faite du texte de l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000 – car c'est bien l'interprétation d'un texte, que s'efforce ici de justifier Monsieur Duplat, en mobilisant des types d'arguments (interprétatifs) bien connus – vont succéder d'autres considérations visant à répondre à la question qui demeure en suspens : celle de la nature, économique ou non, du licenciement faisant suite à une réduction du temps de travail mise en place par décision unilatérale de l'employeur. Il ne s'agira plus, à ce stade, de défendre une interprétation, mais de fonder une solution qu'aucun texte légal ne permet de résoudre. C'est d'ailleurs, certainement, ce qui explique que les deux phases suivantes s'inscrivent dans des ordres de justification distincts de celui correspondant au choix interprétatif proprement dit.

Dans ce que nous envisageons comme la *seconde phase* de l'argumentation développée dans ces conclusions, le magistrat va se référer aux « principes généraux relatifs à la modification du contrat de travail et à la définition du licenciement pour motif économique »⁶⁷⁹. A ce titre, il va successivement rappeler que la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 24 mars 2004 (n° 02-45-130), qu'il y a modification du contrat de travail – laquelle ne peut intervenir sans l'accord préalable du salarié – lorsque l'employeur décide unilatéralement de réduire le montant de la rémunération en proportion de la durée du temps de travail effectif, rapportée à la durée légale, et qu'elle juge de façon constante qu'un licenciement faisant suite au refus, par le salarié, d'une modification du contrat de travail présente une nature économique dès lors qu'il est fondé sur un motif non inhérent à la personne du salarié⁶⁸⁰. Il est, dès lors, permis de dire que la justification que s'efforce de donner l'avocat général procède ici de l'exigence de continuité ou de cohérence jurisprudentielle, que les magistrats, ainsi que nous l'avions relevé, tiennent pour une « contrainte » du raisonnement, au même titre par exemple que l'existence d'un texte légal – fût-elle, comme celui-ci, elle-même interprétable.

Mais Monsieur Jacques Duplat ne s'en tient pas là. Comme pour conforter ce second ordre de justification, étroitement liée à la fonction normative de la jurisprudence, il convoque un *troisième ordre*, procédant de la légitimité que la doctrine confère à la solution qu'il préconise (et qu'entérinera en définitive la Cour de cassation). La solution, consistant à considérer que le licenciement, dans l'hypothèse examinée, présente une nature économique, paraît d'autant plus « devoir être approuvée qu'elle rencontre l'approbation unanime de la doctrine »⁶⁸¹, écrit-il. Et c'est pour en quelque sorte démontrer que les « avis doctrinaux convergent effectivement tous dans le sens de la qualification de la nature économique du licenciement » que le magistrat va introduire, au cœur de ses développements, les analyses proposées par trois auteurs – Madame Marie Hautefort, Madame Marie-Ange Moreau et Monsieur Michel Miné – au travers de citations extraites de leurs travaux respectifs sur le sujet⁶⁸². C'est, de la sorte, pour asseoir et affermir une conception, qui apparaît par ailleurs en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'analyse de ces auteurs se trouve ainsi mobilisée. La doctrine – à plus forte raison parce qu'elle est présentée comme unanime – se voit ici, en

n'est pas possible alors de déroger au droit commun » (J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, pp. 9-10).

⁶⁷⁸ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 10.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 10. C'est nous qui soulignons.

⁶⁸² J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 10.

vérité, conférer implicitement une fonction de légitimation ou de validation d'une conception, préalablement à la reconnaissance de sa positivité par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

L'enchaînement de ces trois ordres de justifications met en évidence que les conclusions rédigées par Monsieur Jacques Duplat prennent successivement en considération trois « sources » du droit : le *texte* de loi, qui institue une dérogation et dont l'avocat général entend déterminer si elle est susceptible de s'appliquer à l'hypothèse en cause, la *jurisprudence*, à propos de laquelle celui-ci se demande si elle ne prédétermine pas dans une certaine mesure la résolution de la question de la nature du licenciement intervenu, et enfin la *doctrine*, auprès de laquelle il va chercher, sinon une lumière, du moins une « caution », s'agissant de la validité de la solution qui lui semble devoir s'imposer. Ces conclusions sont, en réalité, structurées sur la base du triptyque « *texte(s) / jurisprudence / doctrine* », dont nous avons souligné qu'il constituait, souvent, l'ossature des discours judiciaires « internes », que ceux-ci soient l'œuvre d'avocats généraux ou de conseillers rapporteurs. Cette structure, on le remarquera au passage, témoigne de la diversité des éléments et dimensions pris en considération, diversité que l'arrêt ne reflète pas le moins du monde, puisqu'il n'y est question, directement ou indirectement, ni de la jurisprudence, ni de la doctrine. De ce point de vue, les conclusions publiées livrent un éclairage essentiel sur les composantes qui ont été, d'une manière ou d'une autre, prises en considération par la Chambre sociale de la Cour de cassation, même si son arrêt n'en porte pas véritablement trace. *Le discours judiciaire « interne », dès lors qu'il est publié, fait ressortir les rouages, soubassements, présupposés, implicites, bref les « dessous » d'un raisonnement dont on peut légitimement penser⁶⁸³ qu'il a présidé à l'adoption de la solution retenue par les hauts magistrats, et, éventuellement, au choix interprétatif qu'ils ont effectué. Ainsi ce discours contribue-t-il à rendre présent l'« en-deçà » de la proposition normative consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation. Et c'est cette présence qui va ouvrir la possibilité d'un examen critique, ou plus largement d'une appréciation, du raisonnement suivi. A l'aune de la théorie du droit.*

Pour illustrer cette dimension, l'on peut, par exemple, confronter, dans une perspective théorique, le raisonnement développé, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 mars 2006, par le pourvoi au raisonnement présenté dans ses conclusions publiées par l'avocat général. Selon la présentation qu'en donnent l'arrêt ainsi que l'avocat général, l'argumentation, qui était présentée au soutien du pourvoi consistait à soutenir que le licenciement du salarié, prononcé en l'absence d'accord de réduction du temps de travail, parce qu'il refuse une réduction de sa rémunération proportionnelle à la réduction de sa durée de travail effectif pour la ramener à la durée légale, a nécessairement la *même nature* de licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique que le licenciement prononcé pour la même cause dans le cadre d'un accord de réduction du temps de travail, et qu'un licenciement de *même nature* ne peut être qualifié différemment, selon qu'il existe ou non un tel accord. Pour autant, précise l'avocat général⁶⁸⁴, ce pourvoi ne contestait pas que *l'article 30-II n'est pas directement applicable* à l'espèce, dès lors que ce texte vise seulement l'hypothèse où a été conclu un accord de réduction du temps de travail. Ces indications, à supposer qu'elle restitue fidèlement l'argumentation développée dans le pourvoi⁶⁸⁵, sont suffisamment complètes et précises pour que ce raisonnement puisse être, en quelque sorte, confronté à celui de l'avocat général.

⁶⁸³ Ou, au moins, supposer, faute d'accéder à un autre raisonnement que celui qui se trouve ainsi diffusé.

⁶⁸⁴ J. Duplat, « L'emprise du licenciement économique sur la RTT non négociée », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁵ Ce dont il n'y a pas de raison de douter.

Qu'est-ce qu'une telle confrontation permet de mettre en évidence ? Le fait que les deux raisonnements procèdent ici de démarches radicalement différentes – voire opposées. Que l'on en juge. *Le raisonnement élaboré au soutien du pourvoi part, en fait, de la nature (supposée) du licenciement*, en affirmant qu'elle est nécessairement la même dans le cas où un accord de réduction du temps de travail a été conclu et dans le cas où la réduction du temps de travail a été mise en œuvre unilatéralement par l'employeur, *et fait découler de cette analogie* (puisque c'est bien l'argument *a pari*, ou argument par analogie, qui se trouve ici convoqué) *la proposition qui fonde la critique de l'arrêt d'appel*. Et ce, *sans transiter par le texte de l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000*, sinon pour l'écarter. *Quant au raisonnement de l'avocat général*, il suit un cheminement plus complexe. *Le point de départ, cette fois, est le texte précité, dont l'interprétation* (justifiée par sa « lettre » et par son « esprit ») *va conforter l'idée que le régime juridique dérogatoire institué par cet article ne peut s'appliquer au licenciement en cause* (mais également déstabiliser la prétendue analogie entre l'hypothèse de la réduction du temps de travail par voie unilatérale et celle mise en œuvre par voie conventionnelle), *la question de la nature de ce licenciement étant, en définitive, résolue en considération de l'analyse que la jurisprudence et la doctrine, chacune à leur manière, invitent à consacrer*. Hormis la question de la pertinence du recours⁶⁸⁶ à l'analogie (recours légitime selon le pourvoi, et illégitime selon les conclusions de l'avocat général)⁶⁸⁷, dont nous venons de relever qu'elle se trouvait intégrée dans cet échange argumenté, *les deux principaux points de divergence* entre le raisonnement du pourvoi et celui façonné par l'avocat général se rapportent à des questions qui relèvent fondamentalement du champ de la *théorie du droit*.

La première est celle de la place que le raisonnement juridique doit faire aux textes, et spécialement aux textes légiférés. Sur cet aspect, les raisonnements, que nous venons de confronter, divergent radicalement : au raisonnement du pourvoi, qui, littéralement, relègue à la marge le texte de l'article 30-II à la marge et évite ainsi soigneusement de l'ériger en point de départ de l'analyse, le raisonnement de l'avocat général oppose une réflexion qui, au contraire, trouve son ancrage dans le texte, et se constitue essentiellement à la faveur d'une interprétation de celui-ci. Tandis que le raisonnement du pourvoi se construit sur la base de ce qui est présenté comme la *nature* du licenciement en cause⁶⁸⁸, celui de l'avocat général se tisse à partir du *texte* légal, plus ou moins⁶⁸⁹ situé dans l'orbite de la question de droit soulevée. Un siècle après leur conceptualisation, ce sont les approches respectives de François Gény et de Raymond Saleilles qui semblent s'affronter ! Alors que le pourvoi défend une argumentation qui prétend ne pas se situer dans l'orbite du texte, l'avis de l'avocat général maintient la référence à un texte légal qui, s'il n'est effectivement pas directement applicable au litige, n'en livre pas moins sa part d'éclairage. Métaphoriquement, l'on pourrait dire que le premier se situe délibérément dans l'ombre du texte, et le second dans son faisceau de lumière. Ce sont bien là deux conceptions du raisonnement juridique qui s'opposent. Deux conceptions sans doute incompatibles d'ailleurs. Il en résulte donc que la valeur de ces deux raisonnements peut être éprouvée à *l'aune de la théorie du droit*, ou, plus précisément, de l'une de ses branches, communément appelée théorie du raisonnement juridique. Et de ce point de vue, il n'est guère douteux que le raisonnement de l'avocat général se verra reconnaître une assise rationnelle et, partant, une légitimité, que ne possèdent pas le raisonnement du pourvoi, dès lors que le paradigme du texte demeure, aujourd'hui encore,

⁶⁸⁶ Ne serait-ce que dans ce cas de figure.

⁶⁸⁷ Question dont on conviendra qu'elle relève, en propre, de la théorie du droit – et, serions nous tenté d'ajouter, qu'elle ne peut être *rationnellement* résolu *que* sur ce terrain-là.

⁶⁸⁸ A la manière d'un raisonnement qui revendiquerait son ancrage dans la « nature des choses ».

⁶⁸⁹ Cette nuance est évidemment essentielle.

fortement ancré dans notre culture juridique – ce que reflète la théorie contemporaine « standard » du raisonnement juridique.

Passons, maintenant, à la seconde divergence que la confrontation, sous l'angle de leurs soubassements théoriques, de ces deux raisonnements permet de détecter. *Etroitement liée à la précédente, cette seconde divergence concerne les conceptions, fondamentalement antagonistes, que ces raisonnements semblent implicitement se faire de la notion de « nature » juridique.* Il est manifeste, en effet, que le pourvoi envisage la nature (sous-entendu juridique) du licenciement, dans l'hypothèse examinée, comme une réalité objective, qui, justement, existerait à l'état de nature et s'imposerait à l'observateur⁶⁹⁰. Comme un *donné* – pour reprendre le vocabulaire de Gény. L'optique apparaît très différente, dans le raisonnement de l'avocat général. Pour déterminer la « nature » du licenciement, celui-ci, nous l'avons souligné, s'attache, non pas à caractériser un « en-soi » du licenciement, mais à puiser dans des principes jurisprudentiels préexistants, ainsi que dans les analyses d'auteurs de doctrine qui ne sont penchés sur ce problème, des éléments susceptibles de trancher la question de la nature du licenciement intervenu. Loin de chercher à découvrir la nature en quelque sorte intrinsèque de ce licenciement, le magistrat s'emploie à la déterminer. Ce n'est plus, dès lors, d'un donné, dont il s'agit, mais d'un *construit*. Un construit, qui procède de l'interprétation du texte (de l'article 30-II), ainsi que de l'examen de la jurisprudence et de la doctrine – c'est-à-dire d'éléments extérieurs à cette prétendue nature, laquelle se voit reconnaître un statut purement conventionnel. Deux thèses s'affrontent donc : la thèse de la nature juridique du licenciement envisagée comme un donné et la thèse de la nature du licenciement envisagée comme un construit. Or, comment les départager, comment identifier la thèse rationnellement la plus pertinente, si ce n'est en se plaçant sur le terrain de la *théorie du droit*, le cas échéant en prenant pour étalon les travaux qui ont pu être menés (de préférence dans la période récente) sur cette notion de « nature juridique » ? C'est – *a minima* – vers le seul véritable ouvrage consacré à cette question que l'on se tournera pour y puiser des éléments de réflexion susceptibles de fournir des indications sur ce qui peut distinguer le recours légitime et le recours illégitime à la « nature juridique ». Remplissant cet office, l'essai de Monsieur David Pelletier, intitulé *La Nature juridique : référence, fondement... ?*, attestera, au moins, de l'illusion d'objectivité et de neutralité que tend à maintenir cette référence à la « nature juridique », celle-ci étant analysée, par l'auteur, comme un moyen, un instrument, permettant de *faire passer pour* objective une opération de qualification sous-jacente, qui pourtant ne l'est pas, en ce qu'elle implique des choix ou des jugements de valeurs⁶⁹¹. Et c'est en particulier cet enseignement (auquel conduit d'ailleurs aussi la réflexion

⁶⁹⁰ Fût-il juriste.

⁶⁹¹ D. Pelletier, *La Nature juridique : référence, fondement... ?*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut d'Études Judiciaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, spéc. pp. 70-72. Se tourner vers l'analyse proposée par un auteur ne signifie évidemment pas la prendre pour argent comptant, pour ainsi dire. Du travail réalisé par Monsieur David Pelletier, en l'occurrence, l'on tirera un certain nombre d'enseignements sur les origines (qu'il situe au début du XX^{ème} siècle) et l'émergence de la « nature juridique » dans le discours des juristes français (*Ibid.*, « Partie I. De l'origine à l'émergence d'une référence à la nature juridique », pp. 23-63), et d'implications découlant du caractère faussement objectif de la « nature juridique » (*Ibid.*, « Partie II. Le rôle de la volonté dans la détermination de la nature juridique », « Chapitre I. Le mythe de l'objectivité dans la détermination de la nature juridique », pp. 69-87), notamment le fait que la référence à la nature juridique ne permet point de fonder une démonstration ou une argumentation (*Ibid.*, p. 101 : « La nature juridique ne démontre jamais, elle se justifie par elle-même »). L'on se montrera, par ailleurs, soucieux d'intégrer l'analyse que l'auteur propose des dangers et limites de l'équation – largement reçue, selon lui, dans la communauté des juristes français – « Différence de nature = Différence de régime » (*Ibid.*, pp. 78-87, ainsi que p. 59 et s., imputant cette équation au Professeur Jean-Louis Bergel). Mais nous resterons, pour notre part, beaucoup plus réservé sur l'inclinaison de Monsieur Pelletier à souscrire à une vision *totale*ment subjectiviste du raisonnement juridique, et plus spécialement de l'opération de qualification juridique, et à en déduire que la référence à la « nature juridi-

épistémologique contemporaine) qui laissera entrevoir que la thèse du pourvoi repose, à cet égard, sur un fondement discutable, alors que le raisonnement de l'avocat général semble, quant à lui, prendre corps à partir d'un socle théorique rationnellement pertinent.

Notre propos ne visant évidemment pas à procéder, de façon approfondie, à une évaluation du raisonnement produit dans le cadre du pourvoi et de celui développé par l'avocat général, ces considérations suffiront à établir que la publication de conclusions d'avocats généraux (et cela vaut également pour les rapports diffusés par les conseillers rapporteurs), en rendant visible et accessible un raisonnement susceptible de fonder la position adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt, rend possible *la mise en discussion critique de ce raisonnement*, au besoin en le confrontant à un autre raisonnement (par exemple celui du pourvoi), *sous l'angle de la théorie du droit. La publication de conclusions et de rapports ouvre ainsi, à la perspective critique, une voie, que les arrêts, envisagés isolément, sont loin de favoriser. Faute de présenter le raisonnement tenu par les magistrats dans sa plénitude.*

Ainsi les rapports et les conclusions contribuent-ils, tout particulièrement au travers de cette double perspective argumentative et interprétative à instituer un contexte qui favorise, en même temps qu'il conduit à l'orienter incidemment, le dialogue, autour du choix interprétatif retenu par la Cour de cassation dans l'arrêt auquel le discours se rapporte. Ces discours sont, à cet égard, un pont entre l'arrêt qu'ils accompagnent en tant que publication et l'interprétation qui en sera faite, notamment par la doctrine. En tant que discours publiés, les rapports et avis (ou conclusions) se rapportent à un objet, qui est l'arrêt, et, derrière l'arrêt, la position adoptée par la Cour de cassation – le cas échéant le choix interprétatif qui a été retenu. Mais ils sont en même temps tournés vers l'aval de la production jurisprudentielle. A tous égards, nous venons de le constater. Cette idée trouve diverses traductions dans le discours des avocats généraux et des conseillers rapporteurs. Pour clore cette première section, nous rapporterons celle que l'on trouve sous la plume d'un avocat général au moment où la Cour de cassation venait de consacrer l'obligation générale de reclassement en matière de licenciement pour motif économique. Voici de qu'écrivait Monsieur Kessous : « Certains estimeront que cette obligation ordonnée par le juge constitue une immixtion dans la gestion de l'entreprise, qui ne relève pas de ses fonctions. D'autres au contraire penseront que le fait de dire le droit, de le créer éventuellement, constitue l'essence même de l'acte de juger, surtout s'il tend à concilier des logiques qui s'opposent »⁶⁹². Regard tourné vers l'aval du discours jurisprudentiel⁶⁹³.

Double orientation, en fin de compte. Double relation de discours à discours : vers la décision et vers le discours de ses interprètes. *Dialogisme*.

que » est « une notion technique qui sert de véritable *alibi* à notre volonté » (*Ibid.*, p. 21, souligné par nous), qui permet aux juristes de « mettre en avant leur propre volonté » (*Ibid.*, p. 63), à des fins idéologiques ou de politique juridique (*Ibid.*, Partie II, « Chapitre II. L'utilisation de la nature juridique à des fins précises », p. 89 et s.).

⁶⁹² R. Kessous, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », Conclusions Cass. soc. 25 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 831.

⁶⁹³ C'est parfois de la réception par les médias dont il est question. Le phénomène ne date pas de ces dernières années, comme le rappelle les propos de l'avocat général Henri Écoutin : « J'exprime le vœu qu'une telle décision, si vous la prenez [ce qui, précisons-le, ne fut pas le cas], n'entraîne ni déception chez les uns, ni triomphalisme chez d'autres et n'incite les médias à en inférer des conclusions pour le moins prématurées » (H. Écoutin, « L'affaire des dix de Renault », Conclusions Cass. soc. 19 déc. 1989 (3 arrêts), *Dr. soc.* 1990, p. 194).

CONCLUSION GÉNÉRALE

A la relative pauvreté de l'argumentation dans les décisions d'appel, aux fins de justification des propositions normatives dont procède le jugement, s'oppose l'extrême richesse de ce corpus singulier de discours judiciaires – ou plutôt jurisprudentiels, car ils participent en réalité du mode d'élaboration de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation – que constituent les rapports et conclusions.

Cette opposition trouve une part d'éclairage dans la distinction – en soi contestable, du reste – entre contexte de justification et contexte de découverte. L'examen des motivations développées par les chambres sociales des Cours d'appel nous plonge au cœur du contexte de justification. Au stade de la rédaction de la décision, il ne s'agit plus en effet, au regard de la représentation dominante en France, de découvrir la solution, mais de la justifier – de la fonder. Et cette justification se réalise sur la base d'un modèle juridique, voire d'un paradigme, qui n'est manifestement pas incarné par la figure de l'argumentation. L'étude approfondie des rapports et conclusions nous entraîne, quant à elle, en contexte de découverte – là où la norme, l'interprétation, la solution, s'élabore. Ici, le raisonnement n'a plus à se conformer à un modèle dominant, que l'on tiendrait, à tort ou à raison, comme le modèle officiel. Il se déploie dans une relative plénitude, laquelle ouvre sur un véritable déploiement argumentatif.

L'analyse parallèle développée dans les deux *corpus* distincts que forment, d'un côté, les décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel, et, de l'autre, les rapports et conclusions, fait ressortir comme un paradoxe. Nous avons, en effet, pu mettre en évidence le fait que l'ensemble de ces discours se réalisaient sur le mode du dialogisme, tout en relevant que, du côté des décisions d'appel, le dialogisme opérait à la manière d'un mode de justification en quelque sorte alternatif à l'argumentation⁶⁹⁴, tandis que, du côté des rapports et conclusions, le dialogisme constituait le mode de réalisation de l'argumentation.

Le paradoxe n'est qu'apparent. L'on se trouve, en réalité, en présence de deux « mondes discursifs ». Les décisions des Cours d'appel sont prises dans une dynamique discursive, les rapports et conclusions dans une autre. Dans cette « strate » particulière qu'incarne l'espace jurisprudentiel, c'est-à-dire fondamentalement le niveau de la production normative de la Cour de cassation, l'argumentation constitue le cœur du raisonnement, et elle se déploie, dans une large mesure, à travers l'interaction entre discours jurisprudentiels et discours doctrinaux. C'est une interaction d'une autre nature qui se réalise au niveau de la Cour d'appel - avec, en amont, les conclusions des avocats et, en aval, l'éventualité d'une cassation. Ce qui débouche sur un mode de justification dialogique... mais pas nécessairement de type argumentatif.

Les relations entre argumentation et dialogisme se révèlent ici dans leur complexité.

Dialogisme et argumentation. Dialogisme et *non*-argumentation. Il se pourrait bien que la problématique de la justification normative, en droit, se réalise dans cette « dialogique »⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Concernant, répétons-le, la (ou les) proposition(s) normative(s) à laquelle (ou auxquelles) s'adosse le raisonnement.

⁶⁹⁵ Au sens tout à fait spécifique que M. Edgar Morin donne à ce terme : « Unité complexe entre deux logiques, entités ou instances complémentaires, concurrentes et antagonistes qui se nourrissent l'une de l'autre, se complètent, mais aussi s'opposent et se combattent ». Cf. : E. Morin, *La méthode. 6. Éthique*, Seuil, 2004, Points essais, Seuil, 2006, p. 262.

Table des matières

Avant-propos.....	1
Introduction.....	2
<i>Partie I – Investigations dans le champ des décisions d’appel en droit du travail.....</i>	3
Section 1. La part marginale de la justification « argumentée » de la prémisse normative dans les arrêts des Cours d’appel en droit du travail.....	3
§ 1. L’argument littéral ou linguistique.....	3
§ 2. La référence à la volonté du législateur (ou de l’auteur du texte).....	16
§ 3. L’argument systématique.....	20
§ 4. L’argument téléologique.....	23
§ 5. L’argument dit de l’effet utile.....	25
§ 6. L’argument conséquentialiste (ou pragmatique).....	28
§ 7. La lettre et l’esprit.....	30
§ 8. Les arguments logiques.....	31
§ 9. Interrogation(s) sur un argument atypique : l’argument « réaliste ».....	33
§ 10. La référence à la jurisprudence de la Cour de cassation.....	34
§ 11. La référence aux décisions des Cours d’appel.....	37
§ 12. La référence à la doctrine.....	38
Section 2. Le mode de justification de la prémisse normative dans les arrêts des Cours d’appel en droit du travail.....	40
§ 1. Des propositions normatives <i>apparemment</i> formulées sur un mode péremptoire.....	40
§ 2. Sous la surface du discours judiciaire : le dialogisme.....	45
Section 3. Regards portés vers les décisions rendues par les Cours du travail belges.....	58
§ 1. A propos de la « posture » particulière des magistrats belges.....	58
§ 2. A propos de la place de la doctrine dans le raisonnement des magistrats belges.....	61
§ 3. Quels enseignements tirer du rapprochement entre les décisions des Cours du travail belges et les décisions des chambres sociales de Cours d’appel françaises ?.....	64
Conclusion de la Partie I.....	65
<i>Partie II. Investigations dans le champ des rapports et conclusions publiés en droit du travail.....</i>	66
Section 1. Les raisons et arguments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans le cadre de la procédure d’élaboration d’une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation.....	67

§ 1. Les éléments pris en considération par les conseillers rapporteurs et les avocats généraux dans leur raisonnement interprétatif : pluralisme et constructivisme.....	67
A. L'interprétation, une activité placée sous le signe du pluralisme.....	67
1. Le pluralisme des sources de l'interprétation.....	68
2. Le pluralisme des arguments et modes d'interprétation.....	73
B. L'interprétation, une activité placée sous le signe du constructivisme.....	88
§ 2. La place essentielle faite à la doctrine dans les rapports et conclusions publiés.....	92
Section 2. L'orientation dialogique des rapports et conclusions.....	103
§ 1. La perspective interprétative.....	105
A. Une anticipation de la compréhension de l'arrêt.....	105
1. Une fenêtre ouverte sur le processus jurisprudentiel.....	105
2. Des clefs de lecture de l'arrêt.....	106
3. La mise au jour du processus rationnel de la décision.....	109
4. Le dévoilement de la « problématique » de l'interprétation.....	114
B. Un prolongement de la signification de l'arrêt.....	120
§ 2. La perspective argumentative.....	133
A. La fonction argumentative des rapports et conclusions.....	134
1. Un déploiement argumentatif.....	134
<i>Illustration</i>	135
<i>Décryptage</i>	139
2. Nature et fonction des rapports et conclusions.....	143
B. Une ouverture vers l'échange argumenté.....	144
1. Une illustration éclatante : discussions autour de l'arrêt <i>Philippot</i> du 2 février 2006.....	145
<i>Le choix de cette illustration</i>	146
<i>L'affaire</i>	147
<i>Les données du problème</i>	148
<i>L'argumentation du conseiller rapporteur</i>	150
<i>Mise en discussion de cette argumentation</i>	156
<i>Une dynamique dialogique</i>	165
<i>A travers le prisme du modèle pragma-dialectique</i>	166
<i>Double enseignement</i>	173
2. Prolongements heuristiques.....	176
<i>Le repérage de constantes ou de lignes argumentatives</i>	176
<i>La possibilité d'une analyse critique sous l'angle de la théorie du droit</i>	177
Conclusion générale.....	185
Table des matières.....	186