



HAL
open science

La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit européen sur le droit national

Harold Kobina Gaba

► To cite this version:

Harold Kobina Gaba. La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit européen sur le droit national. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2013, 2012-4, pp.1613-1626. hal-02398975

HAL Id: hal-02398975

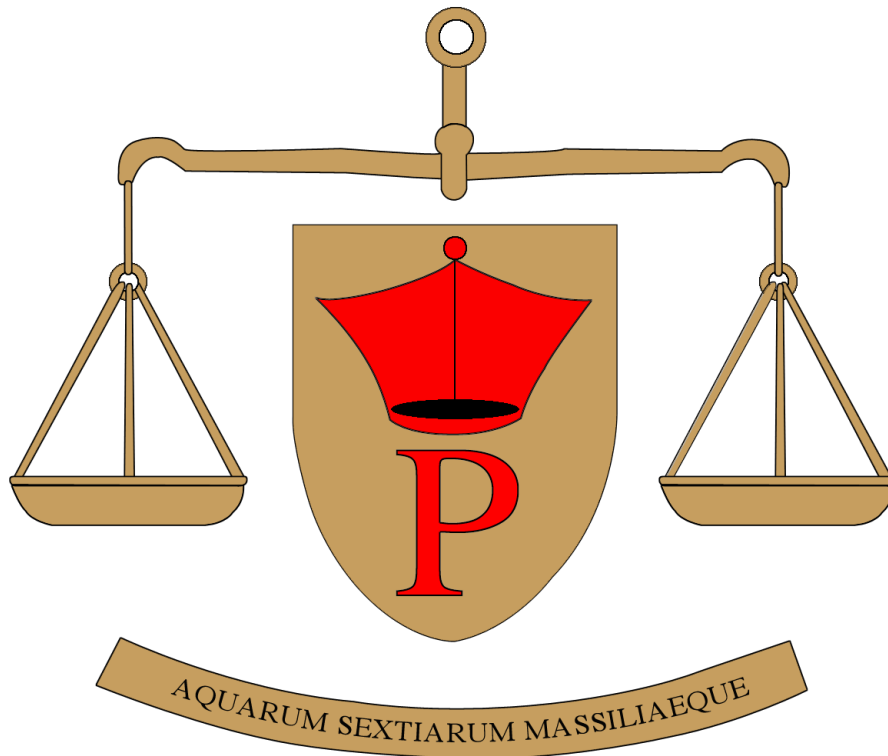
<https://hal.science/hal-02398975>

Submitted on 23 Jul 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

FACULTAS JURIS



Guilhem JULIA,

Un écho inattendu de la lex mercatoria : la lex magica

Claire MARLIAC,

*Le droit à la connaissance des origines biologiques versus l'anonymat du don
Note sous TA Montreuil, 14 juin 2012, Mme G.*

Guillaume PAYAN,

*Les juridictions de proximité statuant en matière civile (2003-2013) :
Bilan d'un nouvel ordre de juridictions*

Joachim WATHELET,

Innovation verte et propriété intellectuelle

Renan LE MESTRE,

*« Little more than a shadow without the substance » :
les Articles de Confédération, et d'Union perpétuelle,
première constitution des États-Unis d'Amérique*

LA NOTION DE CRITÈRES OU ÉLÉMENTS OBJECTIFS OU RAISON OU SITUATION OBJECTIVE : INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN SUR LE DROIT NATIONAL¹

Par

Harold Kobina GABA

Maître de conférences à l'Université du Havre

La primauté du droit européen entendu comme droit issu du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne (UE), n'est pas sans influence forte sur le fondement même des droits nationaux des États membres. Les notions d'« éléments, ou de raison ou de critères objectifs » ou encore de « situation objective » illustrent cette emprise du droit européen.

De ces notions, il en résulte un dénominateur commun qui est l'adjectif « objectif » défini au sens philosophique, par le dictionnaire « Le Littré » comme « toute idée qui vient des objets extérieurs à l'esprit » ou une description de la réalité sans jugement, on parle alors de « pensée objective ». Quatre mots ayant la même racine « objet » lui sont associés : « objectivation » ou « objectiver », fait de rendre objectif ; « objectivement », d'une façon objective, relativement aux objets extérieurs ; « objectivisme », caractère de ce qui est objectif, impartial ; « objectivité », qualité de ce qui est objectif².

Le Vocabulaire technique et critique de la philosophie précité oppose avec des nuances l'adjectif « objectif » à celui de « subjectif » au sens d'apparent, d'irréel, d'individuel, de mental, de conscient.

Ces premières notions s'accompagnent ou sont complétées par d'autres notions explicatives : pertinent, raisonnable, concret, clair, vérifiable, transparent, mesurable, justifié ou justifiable...

L'utilisation des notions précitées intervient dans les normes et jurisprudences européennes, et dans plusieurs matières ou disciplines touchant les institutions,

¹ Cette contribution est une communication sous le titre Critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective dans l'origine d'un droit régional, donnée aux 3^e Journées Internationales de Science Politique sur L'interrégional dans tous ses états, concurrences interrégionales et relations Europe-Asie au XXI^e siècle, Université du Havre, 5 et 6 avril 2012, co-organisées par le laboratoire GREDFIC (Le Havre), le Center for International Studies (InHa, Corée), l'Institute of Politics and Public administration (Xiamen, Chine) et les Centres d'Études régionales (Al Farabi, Kazakhstan), Actes à paraître. Nous remercions les organisateurs de l'aimable autorisation du présent article.

² *Le Nouveau Littré*, éd. Garnier, Paris, 2007. *Les dictionnaires « Le Nouveau Petit Robert »*, Grand format, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1996, « Le Grand Larousse Universel », Tome 11, Larousse, 1995, le « Logos », Logos/Bordas, 1976, Tome 3, et le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* d'André Lalande, Quadriga/ PUF, 2002, donnent des définitions similaires.

l'économie, l'industrie, l'agriculture, l'environnement, la santé, l'assurance, le travail, les discriminations...

Ainsi, la Haute autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA)³ dans une décision du 7 septembre 1960 relative à l'exécution de l'article 15 du traité CECA, prévoit dans son préambule, « qu'il convient de définir de manière obligatoire la forme des décisions, recommandations et avis de la Haute Autorité, afin que tous les intéressés puissent constater, d'après des critères objectifs et clairs, s'il s'agit de décisions, de recommandations ou d'avis de la haute Autorité au sens de l'article 14 du traité (...) ». Aussi précise-t-elle, à cet effet, leur forme, les formalités de notification, de publication et de conservation⁴.

La législation de l'UE, à savoir le droit dérivé qui comprend les règlements, les directives, les décisions et les autres actes, est riche de ces notions. 420 occurrences ont été obtenues, le 26 octobre 2011, sur EUR-Lex à partir du groupe de mots « critères objectifs » sur toute la législation de l'Union européenne⁵. Quant au groupe de mots « éléments objectifs », 53 occurrences ont été trouvées à la même date. Enfin, 24 occurrences utilisent l'expression « raison objective »⁶. La jurisprudence de l'Union est à l'image de cette législation⁷.

Le Conseil de l'Europe au travers de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) adopte les formulations « critères objectifs » ou « justification objective » pour traiter des discriminations prohibées par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH)⁸. (Base de données Hudoc).

L'introduction et l'adoption de ces notions se sont faites progressivement en droit interne français. Ce sont les parties au procès qui ont fait une première

³ Intégrée désormais dans l'Union européenne instituée par le traité de Maastricht (février 1992) et dotée de la personnalité juridique avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

⁴ Décision n° 22-60 du 7 septembre 1960 relative à l'exécution de l'article 15 du traité (CECA), JO 61 du 29 sept. 1960, p. 1248-1249.

⁵ Par ex. : Décision 78/670/CEE de la Commission, du 20 juil. 1978, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (Politique de la concurrence/ Ententes/Accords interdits), JO L 224 du 15.8.1978, p. 29-45 ; Directive 86/354/CEE du Conseil du 21 juil. 1986 modifiant la directive 74/63/CEE concernant la fixation de teneurs maximales pour les substances et produits indésirables dans les aliments des animaux, la directive 77/101/CEE concernant la commercialisation des aliments simples et la directive 79/373/CEE concernant la commercialisation des aliments composés pour animaux, JO L 212 du 2.8.1986, p. 27-32.

⁶ Décision de la Commission 71/23/CEE, du 29 déc. 1970, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité (Politique de la concurrence/ Ententes/Accords interdits), JO L 10 du 13.1.1971, p. 15-23.

⁷ Jurisprudence prenant en compte toutes les décisions (arrêts, ordonnances, avis et conclusions) prises par la Cour de justice, le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique. 567 résultats ont été trouvés, le 26 oct. 2011, à partir de groupe de mots « éléments objectifs » : par ex. : CJCE, 30 juin 1966, Aff. 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Décision préjudicielle (concurrence, règles applicables aux entreprises - ententes, contrats d'exclusivité). 958 résultats pour la formule « critères objectifs » : par ex. : CJCE, 16 juil. 1956, Aff. 8-55, *Fédération Charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (« la nature individuelle ou générale d'une décision doit être dégagée d'après des critères objectifs »). 214 occurrences pour la formule « raison objective » : par ex. : CJCE, 14 févr. 1978, Aff. 27-76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission des Communautés européennes* (Concurrence, règles applicables aux entreprises - ententes, position dominante).

⁸ Sur le portail de recherche HUDOC : par ex. : CEDH (Plénière), 23 juil. 1968, Req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en *Belgique c/ Belgique* ; 13 juin 1979, Req. n° 68330/74, Aff. *Marckx c/ Belgique* ; 26 févr. 2002, Req. n° 36515/97, *Frétté c/ France*.

utilisation de ces notions au soutien de leurs demandes⁹. Puis, les juridictions notamment les deux juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction et le Conseil constitutionnel, vont s'en approprier. Certaines décisions ne font qu'appliquer le droit issu de la jurisprudence de la CJCE devenue CJUE¹⁰. D'autres vont les intégrer implicitement ou explicitement avec détails ou non¹¹. Enfin, le législateur transposant le droit de l'UE, va consacrer ces notions notamment en matière de discrimination, de harcèlement sexuel et moral¹², de corruption au travail, en posant une présomption pouvant être combattue en cas de litige par la partie défenderesse qui doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute

⁹ Résultats issus d'une recherche sur le portail www.legifrance.gouv.fr : Cass. civ. 2^e, 22 juil. 1963, *Bull.*, n° 565 (utilisation de l'expression « élément objectif » à propos de l'avis d'un expert technique sur le désaccord entre le médecin traitant et le médecin de la caisse de sécurité sociale portant sur la date de reprise du travail) ; 2 nov. 1965, 65-90.099, *Bull.*, n° 217 (reprochant aux juges du fond d'avoir écarté « les éléments objectifs » désignant une personne comme conductrice d'une voiture poursuivie pour homicide et blessures involontaires, « à savoir traces de sang, nature des blessures et fragment de tissu ») ; Cass. crim., 20 févr. 1968, 67-91.867, *Bull.*, n° 51 (« s'agissant d'une infraction purement matérielle (vente à crédit), les juges du fond n'avaient pas le droit de rechercher l'intention des parties mais devaient se contenter de rechercher les éléments objectifs caractéristiques du contrat pour déterminer si celui-ci constituait une vente ou une location ») ; Cass. com., 24 mars 1965, 61-13.485, *Bull.*, n° 230 (juges du fond méconnaissant « les seuls critères objectifs retenus par la loi du 5 juillet 1844 » relative à la contrefaçon d'un brevet) ; 17 nov. 1970, 69-12.635, *Bull.*, n° 307 (constatation par les premiers juges d'éléments objectifs non contestés à aucun moment par la suite par le débiteur et démontrant l'impossibilité de redressement de l'entreprise) ; Cass. civ. 1^e, 28 oct. 1969, *Bull.*, n° 319 (reprochant à la cour d'appel d'avoir déduit la preuve des seules affirmations de l'adversaire, « sans relever le moindre élément objectif de nature à rendre ces affirmations véridiques ou vraisemblables ») ; Cass. soc., 10 juin 1970, 68-13.242, *Bull.*, n° 399 (« l'appartenance au "secteur des métiers" défini par le décret du 1^{er} mars 1962 et l'inscription au registre des métiers institué par ce texte et visé par l'article 646 du code de sécurité sociale obéit à un critère objectif précis composé de deux éléments bien déterminés »).

¹⁰ Cass. com., 28 janv. 1975, 73-10.601, *Bull.*, n° 23 (art. 85, parag. 1 du Traité de Rome).

¹¹ Cons. const., 15 nov. 2007, Déc. n° 2007-557 DC (loi n° 2007-1631 du 20 nov. 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile) : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne saurait, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race » ; déc. n° 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, Contribution pour l'aide juridique de 35 euros par instance et droit de 150 euros dus par les parties à l'instance d'appel : « (...) pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose (...) » ; « (...) en instituant la contribution pour l'aide juridique et le droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel, le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels (...) » (points 6 et 10) ; CE, 27 oct. 1972, n° 82912, *Recueil Lebon* (non validité d'un acte administratif qui fait référence à des critères objectifs différents de ceux fixés par les lois et règlements) ; 19 juin 1989, n° 44544, inédit (reconstitution faite par l'administration à partir d'éléments objectifs de la comptabilité d'une société dépourvue de caractère probant) ; Cass. soc., 9 mai 1972, 71-40.198, *Bull.*, n° 331 (ordre de licenciement dans le cadre d'un plan de réorganisation et de compression : critères objectifs) ; Cass. civ. 1^e, 13 mars 1973, 71-14.386, *Bull.*, 96 (bulletins de commande ne comportant aucune référence expresse ou même implicite à un prix déterminé éventuellement par un tiers ou révisé en fonction de critères objectifs) ; Cass. crim., 16 mai 1994, 92-85.626, inédit (existence présumée d'une infraction douanière en raison d'éléments objectifs déduits de circonstances extérieures) ; Cass. com., 11 juin 1996, 94-16.067, *Bull.*, 169 (poursuite d'une gestion déficitaire sans raison objective).

¹² Harcèlement moral : art. L. 1152-1 à L. 1152-6 C. trav. ; art. L. 1155-2 C. trav. (nouvelles pénalités issues de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, *JO* n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921) ; art. 222-33-2 et 225-1-1 C. pén. (rédaction issue de la loi précitée du 6 août 2012). Harcèlement sexuel : art. L. 1153-1 à L. 1153-6 et L. 1155-2 C. trav. dans sa rédaction issue de la loi précitée du 6 août 2012 ; art. 222-3 et 225-1-1 C. pén. dans sa rédaction issue de la loi précitée du 6 août 2012 (Le délit de harcèlement sexuel prévu par cet art. 222-33 C. pén. dans sa rédaction antérieure, avait été déclaré inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel, Déc. n° 2012-240, QPC du 4 mai 2012).

discrimination¹³, ou à tout harcèlement¹⁴ ou aux déclarations ou au témoignage du salarié qui aurait relaté ou témoigné de bonne foi de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions¹⁵. Il en va aussi des critères d'ordre de licenciement (individuel et collectif) pour motif économique présentés à titre indicatif¹⁶.

L'introduction de ces notions n'est pas sans poser de problème dans un système juridique où s'applique le droit ou pouvoir discrétionnaire, le pouvoir lié, la décision implicite de rejet ou d'acceptation en raison du silence gardé par l'autorité administrative compétente pendant un certain délai¹⁷.

S'agit-il d'une révolution de la pensée juridique ou une greffe importante mais circonscrite à des champs déterminés ?

Ce faisant, ces notions qui participent d'une nouvelle politique notamment de motivation de décision ou de situation et d'administration de la preuve, nécessitent de préciser leur contenu et donc leur spécificité, leurs fonctions ou finalités, leur périmètre d'application et l'office du juge.

I. Contenu et spécificité de la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » au regard d'autres notions existantes

La notion est définie et sa finalité précisée par la CJCE devenue la CJUE et la CEDH. Le droit positif français l'applique et l'adopte en cas de besoin. Il n'est pas alors inintéressant pour saisir sa spécificité, de comparer cette notion à celles existantes en droit français qui peuvent lui être proches et à d'autres qui lui sont antinomiques.

¹³ Art. L. 1134-1 C. trav. ; art. 225-1 et s. C. pén. (rédaction issue de la loi précitée du 6 août 2012). Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de lutte contre les discriminations, *JO* n° 123 du 28 mai 2008, p. 8801 (art. 4) ; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JO* L 180 du 19/07/2000, p. 22 (art. 8) ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO* L 303 du 02/12/2000, p. 16 (art. 10) ; Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002, modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JO* L 270 du 08/10/2002, p. 10 (art. 1) ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *JO* L 373 du 21/12/2004, p. 37 (art. 9) ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *JO* L 204 du 26/07/2006, p. 23 (art. 19).

¹⁴ Art. L. 1154-1 C. trav.

¹⁵ Art. L. 1161-1 C. trav.

¹⁶ Art. L. 1233-5 et s. C. trav. Également : la proposition de loi (texte n° 453, 2008-2009, de Ph. Adnot, déposé au sénat le 3 juin 2009 et devenu caduque) tendant à poser des critères objectifs aux offres de reclassement éventuellement proposées à certains salariés dans le cadre d'un plan de licenciement économique.

¹⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* n° 88 du 13 avril 2000, p. 5646 (art. 21 et 22) ; Loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* du 12 juil. 1979, p. 1711.

A. Contenu de la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective »

La CJUE, dans un arrêt récent du 8 septembre 2011, rappelle sa jurisprudence constante sur la notion de « raisons objectives ». Dans cette affaire, elle est saisie d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée qui prévoit un principe de non-discrimination qui interdit de traiter moins favorablement les travailleurs à durée déterminée que les travailleurs à durée indéterminée, à moins que le traitement différencié ne soit justifié par des raisons objectives¹⁸.

Selon la Cour, « la notion de "raisons objectives" (...) requiert que l'inégalité de traitement constatée soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet. Lesdits éléments peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre. Le recours à la seule nature temporaire du travail du personnel de l'administration publique n'est pas conforme à ces exigences et n'est donc pas susceptible de constituer, à elle seule, une raison objective au sens de la clause 4, point 1, de l'accord-cadre (...) » (Points 72, 73 et 74)¹⁹.

Les autres instruments de l'UE utilisent les mêmes formulations. Ainsi selon la directive 86/354/CEE du Conseil du 21 juillet 1986, les informations destinées aux acheteurs d'aliments pour animaux, « doivent se rapporter à des éléments objectifs ou mesurables qui peuvent être justifiés »²⁰.

Le rapport annuel 1997 du médiateur de l'UE portant entre autres sur la plainte d'un fonctionnaire de la commission pour absence de promotion, bien que concluant qu'il n'y avait pas eu de mauvaise administration et donc le classement de l'affaire, relève qu'une lettre rédigée par la commission en vue d'établir l'absence d'irrégularité de la procédure de sélection, « ne contenait pas d'éléments objectifs permettant de vérifier cette affirmation ». Par la même occasion, il rappelle que « dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'AIPN (NDLR : Autorité investie du pouvoir de nomination pour évaluer les mérites des candidats) doit considérer les

¹⁸ Accord-cadre conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, JO L 175, p. 43.

¹⁹ CJUE, 8 sept. 2011, Aff. C-177/10, *Fracisco Javier Rosado Santana c/ Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*. De même, le seul fait que le travailleur à durée déterminée a accompli lesdites périodes de service sur le fondement d'un contrat ou d'une relation de travail à durée déterminée ne constitue pas une raison objective pouvant justifier l'exclusion de l'ancienneté en cas de poursuite de la relation en contrat à durée indéterminée : CJUE, 6^e ch., 18 oct. 2012, Aff. jointes C-302/11 à C-305/11, *Rosanna Valenza e.a. c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Point 71.

²⁰ Directive 86/354/CEE du Conseil du 21 juil. 1986, préc. ; Règlement (CE) n° 999/2001 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles, JO L 147 du 31.5.2001, p. 1-40 (art. 12, 1. : présence d'ESB suspectée sur base d'éléments objectifs) ; Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juil. 2003 relative à l'exécution dans l'UE des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO L 196 du 2.8.2003, p. 45-55 (décision de gel émise, s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs).

mérites des candidats sur la base d'éléments objectifs susceptibles d'être contrôlés à la lumière de la jurisprudence de la Cour »²¹.

La CEDH fait appel à cette notion notamment en cas de discrimination prohibée par l'article 14 de la Conv. EDH. Ainsi, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, elle retient deux critères pour déterminer si une différence de traitement constitue une telle discrimination.

D'une part, « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques ».

D'autre part, « une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²².

Les juridictions nationales vont reprendre et étendre ces notions dans différentes matières qui seront examinées infra.

Il en ressort que ces notions sont définies au regard du but poursuivi.

On peut toutefois observer que les précisions sémantiques qui leurs sont apportées, se font par appel à d'autres notions synonymes, tautologiques et explicatives ou en tenant lieu. « L'élément objectif » signifie un élément concret ou clair ou transparent, vérifiable, mesurable, ou qui peut être justifié, prévisible²³... Son caractère pertinent²⁴ ou sa nature qualitative²⁵ renforce son degré d'importance, et son caractère raisonnable atteste de sa proportionnalité au regard d'autres données existantes ou dans une situation envisagée.

De plus, les éléments objectifs peuvent être de droit et/ou de fait²⁶.

²¹ Le médiateur de l'UE, Rapport annuel 1997, JO n° C 380 du 07/12/1998 p. 1-162.

²² CEDH (Plénière), 23 juil. 1968, Req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, préc. ; 13 juin 1979, Req. n° 68330/74, préc.

²³ CJUE, 27 nov. 2012, Aff. jointes C-566/10, *Italie c/ Commission*, Avis de concours généraux pour le recrutement d'administrateurs et d'assistants : « des règles limitant le choix de la deuxième langue doivent prévoir des critères clairs, objectifs et prévisibles afin que les candidats puissent savoir, suffisamment à l'avance, quelles exigences linguistiques sont requises, et ce pour pouvoir se préparer aux concours dans les meilleures conditions », Point 90.

²⁴ La persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus ; la Cour doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ceux-ci se révèlent « pertinents » et « suffisants », la Cour cherche de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une « diligence particulière » à la poursuite de la procédure : CEDH, 18 oct. 2012, n° 60468/08, *Rossi c/ France*, point 78.

²⁵ Cons. Conc., 5 juil. 1994, Déc. n° 94-D-4, relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label : « critères objectifs de nature qualitative ».

²⁶ Décision 78/670/CEE de la Commission du 20 juil. 1978, préc. : « pour qu'un accord ou une décision d'association d'entreprises soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres, il doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États » (point 94.4.) ; Cass. com., 28 janv. 1975, 73-10601, préc. ; 31 janv. 2012, 10-25772, 10-25775 et 10-25882, à paraître au *Bull.*, application des droits communautaire et national de la concurrence : « les termes "susceptible d'affecter" énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres,

Pour rendre effective cette objectivité, il est listé les éléments jugés objectifs dans la loi ou en jurisprudence²⁷. Ce peut être soit une liste exhaustive et limitative d'éléments ou critères objectifs²⁸, soit une liste à titre indicatif²⁹.

Constituent dès lors des éléments objectifs : les charges de famille, l'âge, l'ancienneté, la rémunération, la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus³⁰, le niveau de responsabilité, le but et le contenu d'un acte communautaire³¹, degré d'existence physique d'une société étrangère contrôlée en termes de locaux, de personnel et d'équipements³²... Mais sont des critères prohibés par la loi, la race, l'origine ethnique³³, la mention dans les entretiens individuels d'évaluation du salarié de ses activités prud'homales et syndicales et des absences qu'elles engendrent³⁴, la survenance d'un congé de maternité justifiant un refus de promotion professionnelle³⁵...

B. Spécificité de la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » au regard d'autres notions existantes

Il n'est pas inintéressant pour établir sa spécificité de comparer la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » à d'autres notions existantes en droit positif. Certaines lui sont antinomiques, d'autres lui sont proches dans une certaine mesure.

1. Incompatibilité de la notion avec des notions existantes

D'emblée, la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » est incompatible avec celle de **pouvoir ou compétence discrétionnaire**. « Il y a pouvoir discrétionnaire, toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »³⁶. Autrement dit « le pouvoir est discrétionnaire lorsque l'administration (l'autorité) possède une totale compétence d'appréciation en fonction des circonstances »³⁷.

sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire » ; Autorité de la Conc., décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 (points 261, 636 et 645) ; Cons. Conc., déc. n° 5-D-41 du 18 juil. 2005 (points 57 et 60) ; déc. n° 5-D-22 du 18 mai 2005 (points 23 et 30).

²⁷ Voir par exemple la notion jurisprudentielle de raison objective dans l'application du principe d'égalité de traitement : Barthélemy J., « Le principe d'égalité de traitement, Difficultés de promotion », *Semaines sociales Lamy*, 28 sept. 2009, n° 1414, p. 6.

²⁸ Décret n° 2012 du 9 janv. 2012 relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire (*JO* du 11/01/2012, p. 514) qui prévoit des catégories de personnel définies à partir de critères objectifs et limitatifs, précise que « ces catégories ne peuvent en aucun être définies en fonction du temps de travail, de la nature du contrat, de l'âge ou (...) de l'ancienneté des salariés » (art. 1^{er}).

²⁹ Art. L. 1233-5 et s. C. trav. (critères d'ordre des licenciements).

³⁰ CJUE, 8 sept. 2011, Aff. C-177/10, préc. (point 73).

³¹ CJCE, 13 sept. 2005, Aff. C-176-03, Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne (point 45).

³² CJCE, 12 sept. 2006, Aff. C-196-04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue* (point 67).

³³ Cons. const., 15 nov. 2007, Déc. n° 2007-557 DC, préc.

³⁴ Cass. soc., 5 août 2009, 08-40988, *Bull.*, n° 166.

³⁵ Cass. soc., 16 déc. 2008, 06-45262, *Bull.*, n° 249.

³⁶ De Laubadère, *Traité de droit administratif*, Tome 1, LGDJ, 1984, n° 594.

³⁷ Debbasch C. et Colin F., *Droit administratif*, Economica, 10^e éd., p. 105. Cependant, l'acte est soumis au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et du contrôle de proportionnalité.

Comme le relève une étude, le principe « à travail égal, salaire égal » « signifie que si rien ne distingue objectivement deux salariés, même travail, même ancienneté, même formation, même qualification, ils doivent percevoir le même salaire. Les décisions de l'employeur, malgré l'exercice de son pouvoir de direction, ne peuvent donc être discrétionnaires : elles doivent, en cas de contestations, reposer sur des éléments objectifs et vérifiables (...). Ce principe doit être regardé comme une limite au pouvoir discrétionnaire de l'employeur en matière de rémunération »³⁸.

Dans le même ordre d'idée, on peut inclure dans cette incompatibilité les notions de **décision implicite ou de silence gardé par l'administration**³⁹ qui excluent ou évitent une décision explicite fondée sur des éléments objectifs et vérifiables.

Enfin, la notion s'oppose, semble-t-il, à celle de **l'intime conviction** définie comme « l'opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience et qui constitue, dans un système de preuves judiciaires, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine reconnu au juge de fait ; jugement personnel que la loi prescrit au juge pénal et aux jurés, et au juge civil d'établir par eux-mêmes et en raison, dans la sincérité de leur conscience, à partir des preuves qui leur sont proposées »⁴⁰.

2. Similarité de la notion avec des notions voisines

En revanche, la notion semble compatible sous certaines conditions avec **la notion de pouvoir (ou compétence) lié** qui suppose que, « dès lors qu'il se trouve en présence de telle ou telle circonstance de fait, l'administrateur est tenu de prendre telle ou telle décision, il n'a plus le choix entre plusieurs décisions, sa conduite lui est dictée à l'avance par la règle de droit »⁴¹. Contrairement à la compétence liée, les « éléments objectifs » ne sont pas toujours prédéterminés. En outre, la compatibilité entre les deux notions requiert que la conduite de l'autorité soit fondée sur des éléments objectifs (de droit et de fait) et vérifiables.

La notion présente aussi des similitudes avec **la notion de faits de la cause ou de l'espèce**⁴². En effet, les faits de l'espèce sont des données factuelles objectives, intangibles, incontestables et qui sont à l'origine d'un litige et au soutien des demandes des parties. Mais la notion d'éléments objectifs est plus large que celle de

³⁸ Zylberberg M., « Le principe "à travail égal, salaire égal" dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bull. droit du travail*, n° 82, avril, mai, juin 2008, 2^e trimestre 2008, Études, p. 3.

³⁹ Debbasch C. et Colin F., *Droit administratif*, Economica, préc., p. 366 et 600 : « la règle veut que les décisions administratives soient explicites. Par exception, des textes prévoient que le silence gardé par l'administration pendant un certain temps sur la demande présentée par un particulier vaut décision implicite ». cf. aussi Cornu G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Puf, 8^e éd., v° « décision ».

⁴⁰ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, préc., v° « Conviction » ; Desportes F. et Lazerges-Cousquer L., *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, n° 625 et s. : le principe « signifie seulement que le juge apprécie librement la valeur des éléments de preuve qui lui sont soumis sans être tenu de respecter une quelconque hiérarchie légale entre les preuves ». Cette liberté d'appréciation du juge, selon ces auteurs, n'exclut pas la motivation de la décision et a, cependant, pour limite le respect du principe de légalité, le contrôle de la suffisance et de la cohérence de la motivation, le respect du principe de la liberté de preuve et de la présomption d'innocence.

⁴¹ De Laubadère, *Traité de droit administratif*, préc., n° 594 ; Debbasch C. et Colin F., préc., p. 105 : « la compétence est liée lorsque, dès lors que les circonstances de fait et de droit sont réunies, l'administration a l'obligation d'agir dans un sens déterminé ».

⁴² Cornu G., *Vocabulaire juridique*, préc., v° « Faits de l'espèce » ; Guinchard S., Chainais C. et Ferrand F., *Procédure civile*, Précis Dalloz, 30^e éd., n° 479 et s. ; art. 6 et s. C. pr. civ.

faits de la cause en ce sens que la première comporte des éléments objectifs de fait et de droit et doit être vérifiable et discutée par les tiers, les parties et le juge. Or le caractère intangible de la seconde interdit toute discussion ou appréciation sur sa réalité par les parties ou le juge. Mais la question se pose moins en ces termes en droit pénal où il est question de l'élément matériel de l'infraction⁴³.

La notion peut être assimilée à celle des **prétentions des parties à un procès**⁴⁴. Cette dernière comporte des arguments de droit et de fait au soutien d'une demande.

On peut aussi rapprocher la notion d'éléments objectifs de la **notion de cause réelle et sérieuse de licenciement en droit du travail**. En l'absence d'une définition légale et jurisprudentielle, la notion de cause réelle et sérieuse s'inspire des débats parlementaires. La cause réelle doit être objective, existante et exacte⁴⁵. La cause sérieuse qui peut être fautive ou non est une « cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement »⁴⁶. Le sérieux de la cause peut être assimilé au caractère pertinent ou proportionné de l'élément objectif. Mais, on le verra infra, l'interprétation jurisprudentielle de cette notion de cause réelle et sérieuse jusqu'à une époque récente, était loin de la définition issue des débats parlementaires. La pratique jurisprudentielle adoptant une cause objective de licenciement est récente tout comme la consécration par la Cour de cassation, sur impulsion des juges du fond, de la notion de « véritable cause du licenciement »⁴⁷ pour, semble-t-il, préciser l'office du juge dans l'appréciation de la cause apparente et officielle du licenciement (au-delà des énonciations de la lettre de licenciement).

La notion s'apparente dans une certaine mesure au **principe de clarté de la loi**⁴⁸, à l'**objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et à la plénitude de la compétence du législateur** : « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans se reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁴⁹.

⁴³ Cf. : Desportes F. et Le Gunehec F., *Droit pénal général*, Economica, 6^e éd., n° 431 et s.

⁴⁴ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, préc., v° « Prétentions » et « Demande » ; art. 4 C. pr. civ.

⁴⁵ Sur la notion de cause réelle et sérieuse : Pélissier J., Auzero G. et Dockès E., *Doit du travail*, Dalloz, 26^e éd., n° 429 et s.

⁴⁶ Définition donnée par le ministre du travail lors du vote de la loi 13 juil. 1973 (*JO Déb. AN* 30 mai 1973, p. 1699, col. 2) et citée par Pélissier J. et a., *Doit du travail*, préc., n° 439.

⁴⁷ Cass. soc., 10 avril 1996, 93-41755, *Bull. civ. V*, n° 149 ; 11 janv. 2006, 03-46055, *ibid.*, n° 3 ; 6 avril 2011, 09-66818, à paraître au *Bull.* : Gaba H. K., « La modification du contrat de travail par réduction des responsabilités et prérogatives du salarié », *Dr. soc.*, n° 7/8 juillet-août 2011, p. 803-807.

⁴⁸ Qui découle de l'article 34 de la Constitution : Déc. n° 99-423 DC du 13 janv. 2000, *Rec.* p. 33 ; n° 2000-435 DC du 7 déc. 2000, *Rec.* p. 164, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale.

⁴⁹ Cons. const., 15 nov. 2007, Déc. n° 2007-557 DC, préc. ; déjà : Déc. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec.* p. 136 ; n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, préc. ; n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique

L'exigence de dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques équivaut à celle d'éléments objectifs vérifiables excluant l'arbitraire.

II. Finalités, périmètre de la notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » et office du juge.

La notion de « critères ou éléments objectifs ou de raison ou situation objective » a une finalité multiple qui implique un périmètre d'application et l'office du juge. Certaines finalités interviennent *a priori* ou en amont car fondent ou justifient l'acte ou la situation en cause. D'autres, en revanche, interviennent *a posteriori* et intéressent le contentieux et particulièrement le débat contradictoire et l'aménagement de la charge de la preuve.

A. Motivation d'une décision ou justification ou constatation d'une situation, d'une qualité, ou définition d'un statut, d'une catégorie...

En effet, une finalité non moins importante de la notion est logiquement antérieure au contentieux et porte sur l'acte en lui-même ou la situation envisagée. Il s'agit dans ce cas d'assurer aux sujets de droit le caractère objectif et vérifiable d'éléments objectifs fondant un acte ou sur lesquels repose une constatation quelconque... Il s'agit en quelque sorte d'une exigence de lisibilité, d'intelligibilité, de transparence comme en témoignent d'ailleurs les termes précités (concret ou clair ou transparent, vérifiable, mesurable, justifié...) pour définir la notion d'éléments objectifs. Cette exigence apparaît également comme une limite au pouvoir discrétionnaire des acteurs. La notion participe également à l'effectivité ou l'efficacité de la norme ou des droits. Le périmètre de la notion découle de ses finalités.

Pour ce faire, les droits de l'UE et national obligent les institutions, l'administration, les acteurs économiques à respecter des éléments objectifs de droit et de fait prédéterminés ou non dans leurs décisions ou actes.

Ainsi au plan du droit de l'UE, « le choix de base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs (...) »⁵⁰. Tout comme la constatation ou l'appréciation d'une situation de droit ou de fait qui « doit reposer sur des éléments objectifs et vérifiables par des tiers »⁵¹. De même, des informations qui ne peuvent induire l'acheteur en erreur, doivent se rapporter à des éléments objectifs ou mesurables qui peuvent être justifiés⁵². Et un organe d'évaluation doit fournir des

aux partis politiques ; CE, 7 mars 2007, n° 300385, Recommandation n° 2006-7 du 7 novembre 2006 du Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'intention de l'ensemble des services de radio et de télévision en vue de l'élection présidentielle de 2007. Sur l'ensemble de la question : Valembos A.-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, mars 2005 ; Flückiger A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007.

⁵⁰ CJCE, 13 sept. 2005, Aff. C-176-03, préc.

⁵¹ CJCE, 12 sept. 2006, Aff. C-196-04, préc. ; Décision 78/670/CEE de la Commission du 20 juillet 1978, préc. ; Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JO L 222* du 5.9.2003, p. 3-23 : « Les situations de dépendance visées à l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 343/2003 s'apprécient, autant que possible, sur la base d'éléments objectifs tels que des certificats médicaux » (art. 11-2).

⁵² Directive 86/354/CEE du Conseil du 21 juil. 1986, préc.

éléments objectifs aux autorités qu'il assiste sur les questions relevant de sa compétence⁵³.

Au plan national, il en va notamment des critères objectifs d'ordre des licenciements (individuel et collectif) pour motif économique⁵⁴.

Cette exigence est aussi préconisée à titre préventif afin que les différents acteurs se préconstituent des moyens de preuve en cas de litige. C'est le cas en matière de respect du principe « à travail égal, salaire égal », de discrimination, d'égalité de traitement, d'évaluation du salarié... (Nous reviendrons infra sur ces questions).

Cette exigence reçoit aussi application en cas de constatation d'une qualité : « la constatation de la qualité d'étranger doit se déduire d'éléments objectifs extérieurs à la personne de l'intéressé ; le fait d'être né à l'étranger et de ne pas répondre aux questions relatives à sa date de naissance ne constitue pas un élément objectif déduit des circonstances extérieures à la personne, susceptible de présumer la qualité d'étranger »⁵⁵.

La notion sert également de substrat à la définition de catégories juridiques⁵⁶.

Par ailleurs, le législateur français utilise en droit pénal des critères objectifs (motifs non prohibés) tantôt pour autoriser ou justifier certaines discriminations⁵⁷ tantôt pour apprécier une situation de fait en vue de l'exemption ou de l'atténuation de la peine prononcée l'encontre d'une personne coupable de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme⁵⁸.

B. Contrôle juridictionnel, aménagement des règles de preuve et office du juge

En droit de l'UE, la CJCE devenue la CJUE dans un arrêt précité du 13 septembre 2005 rappelle que, selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel⁵⁹.

⁵³ Règlement (UE) n° 691/2010 de la Commission du 29 juil. 2010 établissant un système de performance pour les services de navigation aérienne et les fonctions de réseau et modifiant le règlement (CE) n° 2096/2005 établissant les exigences communes pour la fourniture de services de navigation aérienne (691/2010/UE), *JO L* 201 du 3.8.2010, p. 1-22 : « l'organe d'évaluation des performances assiste les autorités nationales de surveillance, à la demande de celles-ci, en fournissant des éléments objectifs sur les questions de performance au niveau national ou des blocs d'espace aérien fonctionnels » (art. 3-6. b) ; Règlement (CE) n° 999/2001 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, préc. (art. 12) : tests de dépistage d'animaux susceptibles d'être infectés.

⁵⁴ Art. L. 1233-5 et s. C. trav.

⁵⁵ Cass. civ. 1^{er}, 28 mars 2012, 11-11099, à paraître au *Bull.*

⁵⁶ Voir par ex. : Décret n° 2012 du 9 janv. 2012, préc. portant définition des catégories objectives du personnel ; Cass. soc., 12 déc. 2000, 99-40.265 et 99-40.270, *Bull.*, n° 414 : « l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles ».

⁵⁷ Art. 225-3 C. pen. ; L. 1133-1 à 1133-3 C. trav.

⁵⁸ Trafic de stupéfiants (Art. 222-43 et 222-43-1 C. pén.) ; proxénétisme (Art. 225-11-1, al. 1^{er}, et 225-11-1, al. 2 C. pén.). Peine réduite de moitié ou exemption de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et/ou de faire cesser l'infraction ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices.

⁵⁹ CJCE, 13 sept. 2005, Aff. C-176-03, préc.

Il en résulte donc que la finalité première de la notion est le contrôle juridictionnel des éléments objectifs fondant un acte. Ce contrôle du juge intervient *a posteriori*.

Outre ce contrôle *a posteriori*, il est également consacré un contrôle *a priori* intéressant tous les acteurs qui y ont un intérêt.

Dans les deux cas, le contrôle sur la base d'éléments objectifs renforce les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense (car comment assurer sa défense en l'absence d'éléments objectifs allégués par l'adversaire) qui s'imposent à la fois aux parties et au juge⁶⁰ et permettent de rendre effectifs certains principes comme les principes « à travail égal, salaire égal⁶¹ », « d'égalité de traitement »⁶², « de non-discrimination »⁶³, et certains droits (droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure⁶⁴, évaluation⁶⁵ et clause de variation de la rémunération⁶⁶ du salarié). En revanche, il est admis le motif tiré du trouble objectif (ou d'une perturbation) dans le fonctionnement de l'entreprise causé soit par les absences répétées du salarié nécessitant son remplacement définitif⁶⁷, soit par des faits de la vie personnelle du salarié⁶⁸. Mais le trouble objectif dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire⁶⁹.

⁶⁰ Par ex. : Cass. soc., 6 juil. 2011, 09-72.912 (*JCP S* 2011, 1446, note Brissy S.) : « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». Sur ces deux principes : Desportes F. et Lazerges-Cousquer L., *Traité de procédure pénale*, préc., n° 437 et s. et 469 et s. ; Guinchar S. et al., préc., n° 731 et s. et 768 et s., précisent que les deux principes sont liés. Art. 6 et s., 14 et s. et 30 C. pr. civ.

⁶¹ Cass. soc., 29 oct. 1996, 92-43680, *Bull.*, n° 359 ; 21 janv. 2009, 07-43.452, *Bull.*, n° 15 ; Zylberberg M., « Le principe "à travail égal, salaire égal" dans la jurisprudence de la Cour de cassation », préc.

⁶² Cass. soc., 8 juin 2011, 10-14.725 ; 16 févr. 2012, 10-21864, à paraître au *Bull.*

⁶³ Crim., 9 nov. 2004, 04-81.397, *Bull. crim.* 2004, n° 279 ; Cass. soc., 14 janv. 1999, 97-12487, *Bull.*, n° 24 ; 28 sept. 2004, 03-42624, *ibid.*, n° 227 ; 7 févr. 2012, 10-19.505, à paraître au *Bull.* Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, p. 48 et s. Adde la jurisprudence de la CEDH citée supra.

⁶⁴ Ne viole pas l'article 5 § 3 de la Conv.EDH le maintien prolongé en détention provisoire de plus de quatre ans d'un homme mis en cause dans le cadre d'une enquête sur onze vols à main armée, dès lors que des raisons objectives pouvaient le justifier par la nécessité de mener une multitude d'actes d'enquête, le risque de pression sur les témoins et le risque de fuite ou de réitération. De surcroît, les autorités compétentes n'avaient pas négligé ce dossier qui portait sur onze infractions différentes et a nécessité une multitude d'actes de la part du juge d'instruction et des autorités menant l'enquête : CEDH, 18 oct. 2012, n° 60468/08, *Rossi c/ France*, préc., points 77-83.

⁶⁵ Cass. soc., 17 oct. 2006, 05-40.393, *Bull.*, n° 306 : « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié, et toute mesure contraire est abusive et donne lieu à dommages-intérêts » ; 20 février 2008, 06-40.085 et 06-40.615, *ibid.*, n° 38 : « les éléments objectifs dont faisait état l'employeur pour justifier une moindre progression salariale du salarié par comparaison avec ses collègues n'étaient pas établis ».

⁶⁶ Cass. soc., 2 juil. 2002, 00-13.111, *Bull.*, n° 229 : « une clause du contrat peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels » ; 4 mars 2003, 01-41.864, inédit ; 20 avril 2005, 2 arrêts, 03-43.696 et 03-43.734, inédit.

⁶⁷ Cass. soc., 13 mars 2001, 99-40.110, *Bull.* n° 84 ; 10 nov. 2004, 02-45.187, *ibid.*, n° 284 ; 25 janv. 2012, 10-26.502, à paraître au *Bull.*

⁶⁸ Cass. soc., 22 janv. 1992, 90-42.517, *Bull.*, n° 30 ; 30 juin 1992, 89-43.840, *ibid.*, n° 429 ; 30 nov. 2005, 04-41.206, *ibid.*, n° 343.

⁶⁹ Ch. mixte, 18 mai 2007, 05-40.803, *Bull.*, Ch. mixte, n° 3 ; Soc., 23 juin 2009, 07-45.256, *Bull.*, n° 160 ; 9 mars 2011, 09-42.150, à paraître au *Bull.* ; Cependant un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail : Cass. soc., 27 mars 2012, 10-19.915, à paraître au *Bull.*

Ce contrôle a également pour effet contrairement au passé, de rendre inopérants certains motifs de décision de l'employeur non-fondés sur des éléments objectifs. C'est le cas notamment des licenciements pour mésentente entre salariés⁷⁰, ou pour perte de confiance⁷¹.

Le législateur dans cette optique et transposant le droit de l'UE, va aménager, dans certains domaines, les règles concernant la charge de la preuve en élevant ainsi le degré d'exigence de l'administration de la preuve et de la motivation d'un acte⁷².

Il est ainsi posé en cas de litige une présomption simple de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel et de corruption au travail. Le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, d'un harcèlement moral ou sexuel et d'une corruption au travail. Il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁷³, ou à tout harcèlement⁷⁴ ou aux déclarations ou au témoignage du salarié qui aurait relaté ou témoigné de bonne foi de faits de corruption⁷⁵ dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

À cet égard, la Cour de cassation dans un arrêt du 7 février 2012 a jugé « qu'eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve prévues par l'article L. 1134-1 du code du travail, ne viole pas le principe de l'égalité des armes tel que résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁷⁶. Le grief tiré de la violation du principe de l'égalité des armes est surprenant, paradoxal et laisse très perplexe en ce sens qu'il est demandé justement au défendeur de justifier sa propre décision par des éléments objectifs. Devant l'impossibilité de rapporter cette preuve contraire, le défendeur se réfugie théoriquement derrière le principe de l'égalité des armes.

En tout cas, le contrôle juridictionnel porte sur les éléments objectifs de droit et de fait.

Les juges, par une appréciation *in abstracto* et *in concreto* suivant le cas, doivent vérifier la réalité et la pertinence des justifications ou des raisons alléguées par les parties.

Les juges disposent en matière d'éléments objectifs de fait d'un pouvoir souverain d'appréciation⁷⁷.

⁷⁰ Cass. soc., 5 févr. 2002, 99-44.383, *Bull.*, n° 50 : « la mésentente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables aux salariés ».

⁷¹ Cass. soc., 29 mai 2001, 98-46.341, *Bull.*, n° 183 : « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; que seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur ».

⁷² Cf. les références en note 13.

⁷³ Art. L. 1134-1 C. trav. ; art. 225-1et s. C. pén.

⁷⁴ Art. L. 1154-1 C. trav. ; art. 222-33-2 C. pén.

⁷⁵ Art. L. 1161-1 C. trav.

⁷⁶ Cass. soc., 7 févr. 2012, 10-19.505, à paraître au *Bull.*

⁷⁷ Par ex. : Cass. civ. 1^e, 5 oct. 1994, 90-21.695 (à propos de la fixation par la cour d'appel de la valeur d'un immeuble au jour de sa décision alors qu'il lui est fait grief d'avoir statué sans rechercher comme elle y était invitée s'il existait des raisons objectives justifiant que le prix retenu par l'expert soit arrondi à une tranche supérieure) ; Cass. soc., 7 févr. 2012, 10-19.505, préc. : « la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, relevé (...) » ; Bachelier X., « Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond », *BICC*, n° 702, 15 mai 2009, p. 18 et spéc. p. 21 : « pouvoir souverain veut pas dire pouvoir discrétionnaire » ; Charruault Ch., « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », *ibid.*, p. 24.

En revanche, la qualification juridique des faits relève du contrôle de la Cour de cassation⁷⁸.

En conclusion, et de *lege ferenda*, il nous semble important de généraliser ce principe ou notion et en rendant obligatoire la motivation de toute décision, y compris juridictionnelles⁷⁹, comme corollaire indispensable. La notion ne sera efficace que si elle s'impose à tous les actes et situations, et si tous les acteurs jouent réellement le jeu. Le cas notamment de la Grèce à qui l'on reproche *a posteriori* d'avoir présenté au moment de son adhésion à l'UE des comptes inexacts et insincères sur sa situation économique, interpelle. Malgré l'exigence d'éléments objectifs dans la mise en œuvre de la politique de l'UE, cette adhésion était passée comme une lettre à la poste. Sur quelles bases alors était réalisé le contrôle des institutions européennes ? Était-ce plutôt une décision politique d'adhésion échappant aux exigences juridiques et économiques ?

Le Havre, le 25 février 2013

⁷⁸ Sont ainsi employées les expressions suivantes : « la cour d'appel a pu en déduire » ou « a pu décider » : Cass. soc., 7 févr. 2012, 10-19.505, préc. (discriminations) ; 16 févr. 2012, 10-21864, préc. (principe d'égalité de traitement) ; 4 févr. 2009, 07-41406 à 07-41406, *ibid.*, n° 35 (principe « travail égal, salaire égal »).

⁷⁹ On songe notamment aux décisions de non admission d'un pourvoi en cassation (art. 1014 du Code de Procédure Civile ; ancien art. L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire abrogé par Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, art. 1, *Journal Officiel* du 9 juin 2006), à l'évaluation du préjudice à l'instar des critères de détermination des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence en cas d'infractions aux règles de la concurrence. Selon l'article L. 464-2 du code de commerce, ces sanctions « sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du code de commerce](...) ». Cet article ajoute que le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée, ou, si l'auteur de l'infraction n'est pas une entreprise, de 3 millions d'euros. Sur l'évaluation du préjudice, notre article : Action syndicale : intervention volontaire dans un procès prud'homal, *D.* 2010, n° 12, Chron., p. 724-727 adde les références citées. Sur les sanctions pécuniaires : European Competition Authorities, (*Groupe de travail sur les sanctions*), Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : Principes pour une convergence, mai 2008, www.autoritedelaconcurrence.fr ; Note du 25 janvier 2001 présentée par la délégation de la France au comité de la concurrence de l'OCDE lors de la table ronde organisée en février 2011 au sujet de « La quantification par les tribunaux nationaux et les autorités de la concurrence des dommages causés à l'économie », www.autoritedelaconcurrence.fr. Adde : Conseil d'État, Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Rapport final, avril 2012, www.conseil-etat.fr.