



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit et pratique des relations de travail
Dirigé par le Professeur Bernard Teyssié
2016

La force obligatoire du contrat de travail

Marie Eliphe

Sous la direction du Professeur Jean-François Cesaro

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	9
PARTIE I : L'IDENTIFICATION DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	24
Chapitre I : Le domaine de la force obligatoire du contrat de travail.....	25
Chapitre II : Le contenu de la force obligatoire du contrat de travail	68
PARTIE II : LA PORTEE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL	138
Chapitre I : La portée individuelle de la force obligatoire du contrat de travail	139
Chapitre II : La portée collective de la force obligatoire du contrat de travail.....	209
CONCLUSION GENERALE.....	246

LISTE DES ABREVIATIONS

Adde	Ajouter
al.	Alinéa
Arch. Phil. droit	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Bull. ass. plén.	Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. ch. mixte	Bulletin des arrêts de chambre mixte de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Trim. Dr. Trav.	Bulletin trimestriel de droit du travail de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cah. soc.	Les Cahiers sociaux
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	1 ^{re} Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
cf.	Confer
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CJCE	Circ. Circulaire
CJUE	Cour de justice des Communautés européennes
C. const.	Cour de justice de l'Union européenne
Conv. EDH	Conseil constitutionnel
Conv. OIT	Convention européenne des droits de l'Homme
C. Pen.	Convention de l'Organisation Internationale du Travail
C. Sport	Code pénal
CSS	Code du sport
	Code de la Sécurité sociale

C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision constitutionnelle
dir.	Sous la direction de
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi DP Dalloz périodique
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
in	Dans
infra	Ci-dessous
JCI	JurisClasseur
JCP	La Semaine Juridique
JCP E	La Semaine Juridique édition entreprises et affaires
JCP G	La Semaine Juridique édition générale
JCP S	La semaine juridique édition sociale
n°	Numéro de paragraphe
obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
op.	Opus
p.	Page
préc.	Précité
préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	rapp. Rapport Cass. Rapport annuel de la Cour de cassation
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Lebon Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rép. civ. D.	Répertoire civil Dalloz
req.	Requête
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
SSL	Semaine Sociale Lamy
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
UES	Unité économique et sociale
V.	Voir
vol.	Volume

REMERCIEMENTS

Avant toute chose, je remercie le Professeur Teyslié pour son dévouement envers les étudiants de son Master, qui contribue à en faire une formation d'exception.

Mes remerciements s'adressent ensuite au Professeur Cesaro, pour son appui et pour la patience dont il a fait preuve à mon égard dans la direction de ce mémoire.

Je tiens également à remercier tous les membres du cabinet Dupiré et Associés, en particulier Damien et Rémi, pour m'avoir accueillie et formée durant une année.

Je remercie mes parents, mes proches, ainsi que tous les membres du laboratoire de droit social, notamment Catherine, Lydie, Myriam, Samuel et Victoria, pour leurs présences et leur soutien indispensables.

Mais surtout, je remercie notre mascotte *Royal*, et chacun de mes camarades de la promotion De Pardieu Brocas Maffei, promotion clivante mais attachante, pour cette année intense et marquée par la solidarité.

Enfin, je dédie ce mémoire à tous les intervenants et tous les enseignants qui m'ont transmis leur passion du droit, et tout particulièrement au Professeur Pagnerre, qui m'a transmis sa vocation.

« *Seuls les actes décident de ce qu'on a voulu* ».
Jean-Paul Sartre, *Huis Clos*, Scène 5.

INTRODUCTION

1. **L'être.** L'Homme n'est rien d'autre que ce qu'il fait. « Rien d'autre qu'une série d'entreprises, [...] la somme, l'organisation, l'ensemble des relations qui constituent ces entreprises »¹. Les Hommes se présentent aux autres par leurs actes, ces actes qui cristallisent leur être, qui transforment leur personnalité en objet. Un artiste est la somme de ses œuvres, un avocat la somme de ses dossiers. Cette concrétisation de la personne est une conséquence directe de la liberté. C'est bien parce que l'Homme a le choix qu'il est jugé pour ce qu'il fait².

2. **Le devoir être.** C'est également parce que l'Homme a le choix que ses actes l'engagent. Cette philosophie trouve des échos en droit. Quand un acte de l'Homme devient un acte juridique, l'Homme est non seulement ce qu'il fait, mais il *doit être* ce qu'il fait. En s'engageant, l'Homme fait un usage de sa liberté, et devient pour les personnes envers lesquelles il s'est engagé, la somme de ses engagements. Il s'agit de la philosophie même de la force obligatoire du contrat. Longtemps fondée sur l'autonomie de la volonté, la force obligatoire du contrat était le corollaire de la liberté des cocontractants, quittant leurs personnalités subjectives pour devenir objectivement le débiteur, et le créancier. La force obligatoire du contrat c'est se créer une obligation envers l'autre.

3. **Les êtres.** Toute subjectivité n'est pas à bannir cependant. Le terme contrat vient du latin contractus, lui-même issu du latin contrahere : rassembler, réunir, conclure. Cette étymologie s'écarte du rapport de force objectivé entre les cocontractants. Il s'agit davantage de s'unir pour faire la force, pour atteindre un but commun. Cela correspond parfaitement à l'entreprise, qui peut être envisagée comme une finalité. Les travailleurs et l'employeur marchent ensemble pour la réalisation d'un objet. La force obligatoire du contrat de travail c'est s'assurer de la réalisation de l'activité de l'entreprise.

¹ J-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, FolioEssais, 2009 p.53

² L'absence de liberté d'esprit justifie d'ailleurs l'irresponsabilité de l'Homme, C. Pen. art. 122-3 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ».

4. **Les devoirs.** Les rapports au sein de l'entreprise s'organisent de manière contractuelle. Chacun des salariés a conclu avec le même employeur un contrat de travail, chacun des contrats de travail participent à la réalisation de l'objet de l'entreprise. La force obligatoire du contrat n'engage le salarié qu'à son employeur, mais il confronte tous les autres contrats de travail conclus avec le même employeur, qui participent de la même finalité et de la même idéologie. Il confronte toutes les normes créées dans et hors de l'entreprise qui ont vocation à s'appliquer aux relations de travail. La force obligatoire du contrat de travail introduit un être parmi les êtres, un devoir-être parmi les devoirs. En étudiant la force obligatoire du contrat de travail, il faut étudier tous les rapports de volonté des Hommes.
5. Afin de comprendre l'étendue de ce principe, il convient d'étudier successivement le contrat de travail (I), la force obligatoire (II) et la force obligatoire appliquée au contrat de travail (III).

I. Le contrat de travail

6. La notion de contrat de travail nécessite une étude de sa définition terminologique (A) et historique (B).

A) Définition terminologique

7. Le contrat est communément défini comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, à ne pas faire quelque chose »³. Il est parfois décrit comme une manifestation d'autonomie de la volonté individuelle⁴. Cette définition du contrat ne fait pas l'objet, ici, de débats. Il convient en revanche de s'attarder plus longuement sur la notion travail (1), et plus particulièrement sur la notion de contrat de travail (2).

1- Le travail

8. **Souffrance.** Les dieux de la mythologie grecque avaient condamné Sisyphe à rouler sans cesse jusqu'en haut d'une montagne un rocher qui en redescendait avant de parvenir au sommet. « Sisyphe, prolétaire, des dieux, impuissant et révolté, connaît toute l'étendue de sa misérable condition : c'est à elle qu'il pense pendant la descente »⁵. L'Homme est pareil

³ C. civ. art. 1101

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige, 9^e ed.

⁵ A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Folio, 2010 p.166

à Sisyphe. Conscient de sa condition, il l'accepte, s'y soumet, et y cherche quelque source de joie. « Il faut imaginer Sisyphe heureux »⁶. Nécessité alimentaire ou nécessité sociale, le travail remplit la vie de l'Homme. Le travail a longtemps été synonyme de souffrance⁷. Le terme est issu du latin tripalium, instrument de torture à trois poutres destiné aux esclaves, et de l'ancien français « travail » qui signifiait tourment. Aujourd'hui, si certains emplois sont reconnus comme pénibles, le travail n'a plus à être une affliction pour gagner sa qualification, il peut même être ludique⁸. Il nécessite en revanche l'exécution d'une prestation.

9. **Prestation.** Une prestation consiste en l'exercice d'une activité en vue de la production au profit d'une autre personne d'un bien ou d'un service. La prestation doit avoir pour finalité la production d'un bien ayant une valeur économique⁹. Le salarié exerce sa prestation au sein d'une communauté de travail qui concourt avec lui à la réalisation de la même activité économique.

2- Le contrat de travail

10. **Définition négative.** Il existe plusieurs contrats spéciaux qui entraînent la nécessité pour l'un des cocontractants de réaliser une prestation. Parmi ces contrats, n'est pas un contrat de travail le contrat de société. Il s'agit du contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »¹⁰. N'est pas non plus un contrat de travail le contrat de mandat. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom »¹¹. Le mandataire n'accomplit donc que des actes juridiques. Enfin, le contrat de travail n'est pas un contrat d'entreprise. « Le contrat d'entreprise est l'accord par lequel une personne s'engage envers une autre à exécuter, moyennant une rémunération, une prestation de travail à titre indépendant »¹². Le prestataire est un indépendant, il s'engage à fournir un résultat à l'entreprise avec laquelle

⁶ Ibid p.168

⁷ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz 28è ed. p.3

⁸ Cass. soc. 3 juin 2009 *Ile de la tentation* Bull. civ. 2009 V n°141

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 avril 2013 pourvoi n°11-19091

¹⁰ Article 1832 du Code civil

¹¹ Article 1984 du Code civil

¹² J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3è ed. p.227

il contracte. Contrairement à tous ces contrats ayant pour objet une prestation ou son résultat, l'objet du contrat de travail est la personne même du salarié.

11. Définition positive. Le contrat de travail est défini comme « la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération »¹³. Lorsque la prestation du salarié est exercée sous les directives, le contrôle, et la sanction de l'employeur, le salarié est dans un rapport de subordination avec ce dernier¹⁴. « Le contrat ayant pour objet un travail fourni en situation de subordination a donc pour objet le travail – activité, *la personne en action* ». « La subordination établit alors que le contrat de travail est relatif au travail saisi à la source : là est le point de rencontre entre travail et subordination »¹⁵. Mettant la force de travail du salarié au centre de ses préoccupations, le contrat de travail se distingue de tous les autres contrats qui ont également pour objet la réalisation d'une prestation et le paiement d'une rémunération. D'ailleurs, le salarié ne peut pas être une personne morale, alors qu'un contrat d'entreprise peut très bien se conclure avec une société. Le contrat de travail crée une créance au profit de l'employeur et du salarié. L'employeur peut exiger du salarié qu'il réponde à ses ordres, le salarié peut exiger de l'employeur qu'il le paye en contrepartie. Contrat spécial, le contrat de travail n'a pourtant pas toujours fait l'objet d'un droit spécial.

B) Définition historique

12. Dépendance. Le contrat de travail a longtemps été ignoré des législations. En droit romain, le travail était assimilé à de l'asservissement, les esclaves ne méritaient pas une législation propre et les hypothèses dans lesquelles un homme libre accomplissait un travail sous la subordination d'un autre étaient trop rares pour qu'il y soit vu autre chose qu'un contrat de louage¹⁶. Dans l'Ancien droit, les professions sont organisées en communauté de travail nationales qualifiées de corporations. Elles sont extrêmement hiérarchisées : au sommet les maîtres, en-dessous des ouvriers qualifiés et travaillant avec les maîtres, dénommés compagnons, et en bas de l'échelle les apprentis. Les corporations disposent d'un monopole que les révolutionnaires abolissent par la loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 donnant liberté à quiconque de travailler pour quiconque ou de faire travailler quiconque.

¹³ Cass. soc., 22 juillet 1954, Bull. civ. V, n°576

¹⁴ Cass. soc., 13 novembre 1996 pourvoi n° 94-13187

¹⁵ T. Revêt, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p.859

¹⁶ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3è ed. p.5

En 1804, le Code civil ne consacre que deux articles au contrat de travail qu'il nomme le contrat de louage, les articles 1780 et 1781. L'article 1780 ne dispose que d'un alinéa selon lequel « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour des entreprises déterminées ». Le contrat de travail n'est régi que par le droit commun des contrats, les rapports entre salariés et employeurs s'organisent de manière privée.

13. *Autonomie.* Le rapport Villermé rendu en 1840 met en lumière les difficultés soulevées par l'absence de législation du travail. La révolution industrielle a pour corollaire la dégradation de la condition ouvrière : montant des salaires extrêmement faible, durée du travail déraisonnable, conditions d'hygiène et de sécurité déplorables...¹⁷ La loi du 22 mars 1841 sur le travail des femmes et des enfants est souvent présentée comme la première loi sociale. Elle est suivie de manifestations législatives ponctuelles et éparses visant à organiser les rapports contractuels individuels entre l'employeur et le salarié. La loi du 27 décembre 1890 sur le contrat de louage de service dote le licenciement d'un régime juridique sommaire. La loi du 4 avril 1898 immunise l'employeur contre les actions en responsabilité civile contractuelle engagée par un salarié victime d'un accident du travail, qui pour autant s'en trouve protégé puisqu'un régime assurantiel est établi en sa faveur. Le repos hebdomadaire est institué en 1906, les retraites ouvrières et paysannes en 1910. La période postérieure à la seconde guerre mondiale marque l'autonomisation du droit du travail. A la suite du rapport Laroque, la loi du 4 octobre 1945 institue un système de sécurité sociale en France. « La construction de cette branche du droit repose en grande partie sur l'obligation faite à l'employeur de protéger la santé des salariés. L'histoire l'enseigne : les premières interventions législatives encadrant la relation de travail avaient toutes pour objet d'imposer à celui qui supporte le risque d'entreprise, l'employeur, de prendre soin de la santé des salariés »¹⁸. Le droit du travail a trouvé son autonomie en protégeant la santé et la sécurité du salarié, protection que ne pouvait pas lui assurer le droit commun des contrats.

14. En outre, le droit du travail s'est émancipé du droit commun concernant l'articulation des normes. Le Code civil ne fait pas mention des contrats collectifs et de leur force obligatoire ; selon lui, tous les contrats reçoivent la même force obligatoire et sont tous soumis aux mêmes normes qui leur sont hiérarchiquement supérieures. En droit du travail, dès le 25 mars 1919, la suprématie des conventions collectives sur le contrat de travail est

¹⁷ Ibid p.8

¹⁸ E. Jeansen, *Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité*, RDT 2016 p.222

affirmée. La convention collective s'insère entre la loi et le contrat de travail dans la hiérarchie des normes applicables dans l'entreprise. Malgré ces exceptions tant quantitatives que qualitatives, le Code du travail n'a jamais nié son attachement au droit civil dont il est issu. « Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun »¹⁹. Les principes fondamentaux du droit commun des contrats s'y appliquent. A l'instar des contrats de droit commun, le contrat de travail reçoit force obligatoire.

II. La force obligatoire

15. La notion de force obligatoire ne peut recevoir de définition exhaustive. Ses différentes significations et ses différentes applications font l'objet de toute la démonstration de ce mémoire. En revanche, il n'est pas vain d'essayer ici d'en appréhender le concept, en passant par une définition terminologique (A) suivi d'une définition historique (B).

A) La définition terminologique

16. La notion de force obligatoire peut paraître redondante. Il est difficile de concevoir une seule force qui ne serait pas obligatoire, ou une seule obligation qui n'aurait pas de force. La notion de force obligatoire ne s'apprécie qu'après avoir étudié la force (1), l'obligatoire (2) et la force obligatoire (3).

1- La force

17. *La force*. Dans le langage commun, la force est assimilée à une « vigueur physique d'un être animé, de son corps ; capacité qu'il a de fournir un effort physique ; énergie »²⁰. La force physique n'est pas très éloignée de la notion de « contrainte de droit ou de fait » que la définition juridique lui attribue²¹. D'ailleurs n'est-il pas fait référence à la force publique, aux forces armées ou aux forces de police ? Dans l'inconscient collectif, le terme de force renvoie à l'obligatoire. Cependant, il est nécessaire pour anticiper les fondements de la force obligatoire et mieux appréhender la notion de force, de quitter l'inconscience et de revenir à la science. En mécanique, la force est la modélisation de l'interaction (quelle qu'en soit sa nature) entre deux objets ou systèmes. Elle est représentée par un vecteur ayant un point d'application, une direction, un sens, et une intensité. Dans cette perspective, la force fait écho à la volonté.

¹⁹ C. trav. art., L.1221-1

²⁰ Dictionnaire Larousse.com

²¹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Quadriège, 9^e ed.

18. La volonté. L'Homme est un être de volonté. Sa conscience est toujours consciente de quelque chose²², elle entre sans cesse en interaction avec les objets qui l'entourent, et exerce sur eux une volonté. Exprimée parfois par le terme d'intentionnalité, la volonté n'est rien d'autre que l'interaction entre l'Homme et un objet auquel il souhaite donner une direction, un sens et une intensité afin de parvenir à la réalisation d'un but précis. Tirer une chaise pour s'y asseoir, ouvrir une bouteille pour se servir de l'eau. La force de l'Homme, c'est sa volonté. Il arrive que plusieurs volontés se rencontrent afin d'exercer une même force sur un même objet pour tendre au même but. Une fois créé, le contrat acquiert sa propre force. Il renferme celle des parties avec lesquelles il interagit. Il s'agit des prémisses de la force obligatoire du contrat.

2- L'obligatoire

19. L'obligatoire. Est obligatoire ce « à quoi l'on ne peut se soustraire ; qui est exigé par la loi, les institutions, imposé par des conventions sociales », ce qui doit arriver inéluctablement²³. Dans le langage juridique, l'obligatoire se définit positivement par ce qui oblige juridiquement, et se définit négativement par tout ce qui n'est pas facultatif²⁴. Une réunion de ces deux définitions permet de renvoyer à toute norme qui s'applique aux personnes et qui n'est pas supplétive de volonté.

20. L'obligation. Qui dit obligatoire dit souvent obligation. L'obligation est un « lien de droit entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une des parties, le créancier, peut contraindre l'autre, le débiteur, à exécuter une prestation : donner (au sens transférer la propriété d'un bien), faire ou ne pas faire »²⁵. L'obligation trouve sa source dans une norme impérative pour les parties qu'elle unit. Tout ce qui est obligatoire n'est pas de l'obligation, mais tout ce qui est de l'obligation est obligatoire.

²² E.Levinas, *Fribourg, Husserl et la phénoménologie*, Revue d'Allemagne 1927-1933, p.407 : « tout ce qui est conscience n'est pas replié sur soi-même, comme une chose, mais tend vers le Monde. Le concret suprême dans l'homme c'est sa transcendance par rapport à lui-même. Ou, comme disent les phénoménologues, l'intentionnalité ».

²³ Dictionnaire larousse.com

²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige, 9è ed.

²⁵ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17è ed.

3- La force obligatoire

21. La fin. La force obligatoire a pu être définie comme un « principe découlant de l'autonomie de la volonté en vertu duquel le contrat valablement formé lie les parties »²⁶. La force obligatoire matérialise la volonté de diriger les personnes afin qu'elles aillent dans un sens qui permettra d'atteindre un but précis. Les rapports humains sont imprégnés de contingence, tout peut arriver et tout peut ne pas arriver. La force obligatoire tente d'introduire la nécessité dans la contingence, elle fait en sorte que les personnes agissent dans un cadre donné au préalable. La force obligatoire fait de la volonté un devoir des parties.

22. Les moyens. Il faut se détacher du fait pour atteindre la nécessité. « Attendre le fait, c'est, par définition, attendre l'isolé, c'est préférer, par positivisme²⁷, l'accident à l'essentiel, le contingent au nécessaire, le désordre à l'ordre ; c'est rejeter, par principe, l'essentiel dans l'avenir : "c'est pour plus tard, quand nous aurons réuni assez de faits" »²⁸. Au fait il faut préférer l'acte, la norme, celle qui a vocation à régler l'obligatoire. Selon la pensée Kelsenienne, « quel que soit le but concret que poursuit cette norme, celle-ci se définira toujours comme la signification d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être »²⁹. Toutes les normes juridiques reçoivent par définition³⁰ force obligatoire, elles imposent ce qui doit être. La norme la plus emblématique de cette force obligatoire est la loi, elle est d'ailleurs souvent utilisée pour caractériser la force obligatoire des autres normes³¹. Le contrat reste toutefois l'acte privé idéal pour des personnes dont les volontés se rejoignent. Il s'assure de la réalisation de leur objet. Quel que soit son but, s'il est valablement formé, il sera obligatoire pour les parties. Ainsi, la volonté des parties de créer une norme au contenu déterminé et qui reçoit force obligatoire est de l'essence même du contrat. Sa valeur assure à la norme une certaine protection, de par sa création, son existence, tant que son essence, relève de la nécessité. Le droit positif protège le contenu du contrat contre toute modification non consentie par les parties, et protège l'existence du contrat contre toute

²⁶ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2012 LexisNexis

²⁷ Ici, l'auteur ne fait pas référence au positivisme juridique mais au fait d'être moralement positif

²⁸ J-P. Sartre, *Esquisse d'une théorie des émotions*, Le livre de Poche, 2009, p.12

²⁹ A. Viala, *Philosophie du droit* Ellipses, 2010, p.104

³⁰ Il existe toutefois des normes simplement supplétives. C'est pourquoi il doit être précisé que le caractère impératif de sa norme relève de sa définition générale, indépendamment des cas particuliers.

³¹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Quadriga, 9^e ed., renvoyant à la loi dans la définition de la force obligatoire : « force équivalente à celle de la loi reconnue à certaines règles autres que la loi ».

révocation abusive. La protection de la parole donnée dans le contrat n'a cependant pas toujours été légale, elle s'est d'abord inscrite dans une idéologie religieuse.

B) La définition historique

23. *Le respect des Dieux.* Dans la Grèce antique, le développement du commerce entre les hommes a rendu nécessaire l'effectivité des contrats. La possibilité pour les cocontractants de se désengager à leur gré aurait pu engendrer de graves dysfonctionnements dans les relations interdépendantes des commerçants. C'est pourquoi, dans une société s'organisant autour des manifestations religieuses et où les Dieux faisaient figures de modèles et de juges, la garantie donnée à l'occasion d'un engagement commercial a pris une dimension divine³². Selon Socrate, Zénon et Platon³³ la parole donnée était sacrée, norme morale et religieuse dont la violation entraînait une sanction sociale et divine. C'est donc par la menace d'une punition infligée par les Dieux que le contrat a gagné une force obligatoire pour les parties l'ayant créé. Le fondement divin de la force obligatoire se vérifie plus encore durant le Haut Empire romain. La formation d'un engagement aliénait la volonté de ceux qui l'avaient créé à la déesse Fides, déesse de la bonne foi et de l'honneur, qui veillait sur sa bonne exécution. Le non-respect du contrat était considéré comme une injure faite aux Dieux.³⁴ Le fondement moral n'est toutefois pas écarté car la notion d'honneur rentre une nouvelle fois en considération. Tel que cela était le cas dans la Grèce antique, le cocontractant engage sa réputation sociale s'il ne respecte pas un engagement dont il a pris l'initiative. Puisqu'il l'a voulu, il résulte de son honneur que de le respecter, dans le cas contraire, la sanction divine sera justifiée. Ce principe a donné lieu à la célèbre formule *pacta sunt servanda*. Cependant, il n'existait pas en droit romain de droit du contrat, mais un droit des contrats³⁵ : seuls certains contrats, ceux qui avaient été passés en une forme solennelle, étaient considérés comme la loi des parties.

24. *Le respect des contrats.* Le terme de loi est déjà présent dans le langage des jurisconsultes romains pour désigner la force obligatoire des contrats. Papinien³⁶ fait référence à la rédaction du contrat : « *legem conscribere* »³⁷, dans les mêmes termes que pour la

³² Y. Pagnerre *L'extinction unilatérale des engagements*, p. 474

³³ Y. Pagnerre *L'extinction unilatérale des engagements*, p. 474 note n°23

³⁴ Y. Pagnerre *L'extinction unilatérale des engagements*, p. 474

³⁵ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1, PUF 3^e ed. p.45s

³⁶ Cité par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, p.473

³⁷ « Rédiger une loi »

rédaction d'une loi. Ulpien³⁸ estime pour sa part que le contrat reçoit sa loi de l'accord des parties. La force obligatoire du contrat semble signifier que le contrat doit être impérativement exécuté par les parties, car il a pour elles la même valeur qu'une loi. Les parties ne peuvent de ce fait s'en délier unilatéralement, ni porter atteinte à son contenu. Il s'agit des principes d'intangibilité et d'irrévocabilité du contrat aujourd'hui consacrés.

25. Ces principes ne recevaient cependant pas d'application stricte. Pour Cicéron³⁹, le contrat ne devait être exécuté par ses fondateurs que s'ils n'avaient pas de devoirs moraux plus importants à accomplir. Le contrat rentre dans un ordre moral et ne sera effectif qu'à la condition qu'aucun devoir plus grand pour l'obligé ne vienne y faire obstacle postérieurement à sa création. En outre, Sénèque⁴⁰ ne concevait l'exécution du contrat que si les circonstances dans lesquelles il avait été édicté étaient restées les mêmes. Si elles avaient connu la moindre évolution, le promettant devait s'exécuter s'il s'était engagé à donner « peu ». S'il s'était engagé à donner une somme trop forte, l'évolution des circonstances lui permet de se dégager de sa promesse.⁴¹ Ce concept perdure au Moyen-Âge. Les contrats sont conclus *rebus sic stantibus* (les choses en l'état)⁴², celui qui s'engage le fait en connaissance de cause et en considération de circonstances prévisibles. Dès lors, si un événement imprévisible survient et remet en cause l'exécution du contrat, ce dernier tombe. Il est admis que si le plus souvent il ne faut pas remettre en cause les situations, les contraintes du temps peuvent les tempérer⁴³. Le contrat reçoit par principe force obligatoire, mais les exceptions sont acceptées très largement eu égard à l'évolution des circonstances depuis sa conclusion.

26. En tout état de cause, l'inapplication du contrat ne doit pas résulter de la stricte volonté des parties, celles-ci restent liées par son contenu tant qu'une force extérieure, plus forte que celle du contrat, ne vient pas le remettre en cause. En effet, même si la force du contrat est dû aux Dieux, la naissance du contrat est due à la volonté respective des parties. C'est ce

³⁸ Cité par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, p.473

³⁹ Cicéron, *Traité des devoirs*, Livre I n°X, disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5608643r/f62.image.r=cic%C3%A9ron%20trait%C3%A9%20des%20devoirs>

⁴⁰ Sénèque, *Des Bienfaits*, Livre IV n°XXXV disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5823570s/f298.image.r=des%20bienfaits%20s%C3%A9n%C3%A8que>

⁴¹ Sénèque, *Des Bienfaits*, Livre IV n°XXXVI disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5823570s/f298.image.r=des%20bienfaits%20s%C3%A9n%C3%A8que>

⁴² D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012 p.474

⁴³ Formule de Gratien, XII^e Siècle, cité par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012 p.475

dernier fondement qui va s'imposer avec la laïcisation du droit⁴⁴ : la toute puissance des Dieux fait place à la toute puissance de la volonté. Domat ⁴⁵ illustre cette transition. Selon lui, le contrat a pour fondement la volonté des parties, le contrat est la règle qu'elles se donnent et qu'elles ne peuvent modifier qu'ensemble ; tandis que la force obligatoire du contrat tire son propre fondement de la solidarité voulue par Dieu. L'intervention divine finit par être écartée définitivement pour ne laisser place qu'à l'autonomie de la volonté. Au XVIII^e Siècle, l'Encyclopédie⁴⁶ définit les conventions comme des lois privées que les contractants s'imposent et auxquelles ils s'obligent et doivent se conformer.

III. La force obligatoire du contrat de travail

27. Le contrat de travail est conclu par le salarié pour ses besoins personnels. Il est conclu par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise, la prestation que doit exercer le salarié servant son activité économique. Les intérêts individuels contractuels (A) se confrontent donc aux intérêts de l'entreprise (B).

A) Autour du contrat

28. Les mécanismes du droit commun. Le contrat de travail est conclu par les parties dans un but déterminé : mettre la force de travail du salarié au service de l'entreprise en contrepartie d'une rémunération. Le contenu de la norme contractuelle créée par les parties permet d'encadrer leurs relations. Le contrat de travail doit être un vecteur pour les parties, depuis leur volonté jusqu'à sa pleine réalisation. Elles se donnent une direction à suivre, elles s'assurent que la contingence n'ait pas sa place dans le déroulement de l'exécution du contrat. Le caractère obligatoire de la volonté/force des parties permet d'assurer l'effet utile du contrat. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »⁴⁷. La force obligatoire est communément attribuée à l'article 1134 du Code civil. Il donne aux parties le pouvoir de créer une loi tout en posant des limites à ce pouvoir : le respect de la norme hiérarchiquement supérieure, le respect des parties elles-mêmes. Il adopte un équilibre en l'être et le devoir être. La jurisprudence a précisé l'évidence en ajoutant que, si le contrat

⁴⁴ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, p. 476

⁴⁵ Domat, *Traité des Lois IV, II*, interprété par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012 p.481

⁴⁶ *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1751-1772

⁴⁷ C. civ. art., 1134

ne peut pas être rompu de manière unilatérale sauf pour une cause autorisée par la loi, il ne peut pas non plus être modifié de manière unilatérale. Une fois que les volontés sont objectivées, elles n'ont plus raison de se manifester. Elles ne doivent que s'exécuter de manière respectueuse l'une de l'autre.

29. Pour la première fois depuis plus de deux cents ans, cette disposition a fait l'objet d'un remaniement. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime, et de la preuve des obligations a explosé l'article 1134 en trois articles distincts au sein du Code civil, applicables au 1^{er} octobre 2016. L'article 1103 qui dispose que les « contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », l'article 1104 qui dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public », et l'article 1193 qui dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». La dispersion de l'article fondateur de la force obligatoire du contrat rend encore plus difficile l'identification d'une notion qui semblait davantage porter une idéologie qu'une définition précise. Or, « l'autonomie du contrat de travail n'est en effet pas synonyme d'autarcie, et on sait que le contrat éponyme demeure soumis aux règles de droit commun »⁴⁸. La réforme du droit commun des contrats aura donc forcément des répercussions en droit du travail.

30. *Les rouages du droit du travail.* Il convient de nuancer cependant ses répercussions en matière de force obligatoire du contrat de travail. Le nouvel article 1193 du Code civil ne fera que consacrer ce que la jurisprudence avait dit en droit commun et en droit du travail : pas de consentement mutuel, pas de modification. Il ne s'agit que de consacrer légalement la protection de la finalité de la force obligatoire : l'exécution conforme de la norme contractuelle. Toutefois, les particularités de l'objet du contrat de travail viennent bousculer les mécanismes de droit commun. La force obligatoire tend à introduire la nécessité dans la contingence, mais les pouvoirs exorbitants de l'employeur rendent cette tentative vaine. Alors que le contrat devrait recenser les volontés de l'employeur et du salarié, il donne à l'employeur la possibilité d'imposer, dans une certaine mesure, sa volonté au salarié tout au long de la relation contractuelle. La définition de la subordination juridique (direction, contrôle, sanction) ressemble de manière dérangeante à la définition de la force obligatoire (sens, direction donnée par les parties et ayant un caractère

⁴⁸ L. Bento de Barvalho, *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statut quo ?* RDT 2016 p.258

obligatoire). Le contrat de travail, de par sa force obligatoire, créerait une nouvelle force obligatoire, celle de la volonté de l'employeur. Cette mise en abîme de forces obligatoires pose des difficultés d'appréhension de la force obligatoire du contrat de travail lui-même. La subordination relève de la propre force obligatoire du contrat de travail. Soit il faudrait considérer que la force obligatoire du contrat engendre une cascade de forces obligatoires, soit il faudrait considérer que la maîtrise de la force obligatoire du contrat de travail est transférée à l'employeur. Peut-être le domaine de la force obligatoire du contrat de travail s'éclaircit-il en distinguant la norme contractuelle, de l'obligation qu'il crée. En outre, une autre spécificité, moins absconse, réside dans l'extinction du contrat de travail. Le droit du travail s'est développé avec la protection du salarié contre le licenciement par l'employeur, qui est une nouvelle application de la force obligatoire d'un contrat qui doit régir des rapports entre des parties qui sont présumées être dans des situations d'inégalité. Pourtant, les tendances actuelles laissent à penser qu'il faut désormais protéger l'entreprise.

B) Autour de l'entreprise

31. *L'imbrication des intérêts individuels.* Monstre du chaos primitif selon la mythologie phénicienne, personnification du mal selon les Psaumes de la Bible, le Léviathan engloutit les hommes qui passent sur son passage. Thomas Hobbes reprend l'image pour illustrer le contrat social. Pour échapper à leur état belliqueux par nature, les Hommes ont transmis, par un contrat social, leurs droits à l'Etat, le Léviathan, qui les absorbe et garantit la préservation de leurs vies et de leurs biens⁴⁹ dans son gouvernement. L'entreprise est un Léviathan. Elle absorbe les salariés, subordonnés, et leur garantit des droits via la conclusion d'un contrat. L'individualisme de l'être représenté par la force obligatoire du contrat est loin. Au contraire, la force obligatoire du contrat de travail justifie l'appartenance du salarié à une communauté de travail soumise à la même personne garantissant sa santé et sa sécurité (en théorie) et au sein de laquelle le contrat individuel doit s'exécuter. L'entreprise se présente comme une imbrication de personnes, d'intérêts, qui ne forment qu'une seule volonté. Cette volonté se matérialise par la création de normes qui s'appliquent à tous les salariés et à tous leurs contrats de travail⁵⁰.

⁴⁹ T. Hobbes, *Le Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, 1651

⁵⁰ C. trav. art. L.2254-1 : « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

32. La primauté de l'intérêt collectif. Ce schéma perturbe le schéma habituel de la force obligatoire du contrat. L'essence du contrat n'est plus de créer le devoir être des parties, la communauté s'en charge pour elles, elle crée un droit pour les gouverner toutes. Qu'advient-il de cet acte de prévision qu'est le contrat⁵¹ ? La norme créée par les parties subsiste aux côtés des normes de l'entreprise, dans les rapports individuels entre l'employeur et le salarié, c'est elle qui doit s'appliquer. Le principe reste que le contrat de travail est la direction qu'elles doivent suivre. Cependant, cette direction peut subir des déviations. Les mouvements affectant la communauté de travail se répercutent sur le contrat de travail. D'un point de vue des individus d'abord, car les contrats de travail sont interdépendants. D'un point de vue de l'entreprise ensuite, car il est de plus en plus commun de faire primer l'intérêt de la communauté de travail dans son ensemble au détriment de celui des individus pris séparément. Les préoccupations économiques de plus en plus pesantes incitent le législateur à découdre la protection du contrat de travail qu'il avait pourtant tissé en s'émancipant du droit commun des contrats. Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016 entend même donner de nouvelles occasions à l'employeur de porter atteinte au contenu même de la force obligatoire du contrat de travail en lui permettant de modifier la norme contractuelle au profit de la norme de l'entreprise, et en lui permettant de rompre plus facilement le contrat de travail de manière unilatérale, ceci dans l'objectif de restaurer la compétitivité des entreprises et de préserver et favoriser l'emploi. La force obligatoire du contrat de travail est donc un sujet d'actualité. Le droit commun la revalorise en consacrant la jurisprudence protégeant les modifications unilatérales, et dans le même temps le droit spécial la dévalorise en voulant autoriser les modifications unilatérales.

33. Problématique. Difficile alors d'appréhender la force obligatoire du contrat de travail. Ce qui se présentait en théorie comme un cadre normatif intangible posé par les parties semble être en pratique une notion éparse et, de manière décevante, ... contingente. Pourtant, la force obligatoire du contrat de travail persiste, s'impose, comme le vecteur des relations contractuelles. Elle est la colonne vertébrale des relations contractuelles de travail. Dans

⁵¹ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F.Terré*, Dalloz 1999 p.643

quelle mesure propose-t-elle un objet de résistance à l'individu ? Dans quelle mesure représente-t-elle encore l'essence du contrat de travail ?

34. Plan. Ces questions ne trouveront de réponses qu'en identifiant précisément la force obligatoire du contrat de travail, envisagée en tant que moyen de création d'un devoir être, c'est-à-dire envisagée en tant que norme obligeant les parties (Partie I). Cette identification faite, il conviendra de déterminer quelle est la portée de la force obligatoire du contrat de travail, envisagée cette fois-ci en tant que finalité, c'est-à-dire en tant qu'objet à réaliser de manière nécessaire (Partie II).

PARTIE I : L'IDENTIFICATION DE LA FORCE

OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL

35. La réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations instaurée par l'ordonnance n°2016-130 du 10 février 2016 éclate l'article 1134 du Code civil. L'alinéa 1 (« les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ») se trouvera dès le 1^{er} octobre 2016 à l'article 1103 dans un chapitre consacré aux dispositions liminaires concernant le contrat. Cet article pose le domaine de la force obligatoire du contrat (Chapitre I). L'alinéa 2 (« les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ») se trouvera quant à lui dans une sous-section consacrée à la force obligatoire du contrat. Cette nouvelle disposition laisse entendre que le contenu même du principe de la force obligatoire du contrat (chapitre II) consiste dans l'intangibilité et l'irrévocabilité unilatérale du contrat.

Chapitre I : Le domaine de la force obligatoire du contrat de travail

36. La force obligatoire du contrat de travail trouve son fondement dans l'article 1134 du Code civil. Le contrat de travail est un contrat spécial qui reste tenu de respecter certains principes du droit commun des contrats lorsque les lois spéciales qui le gouvernent sont silencieuses⁵². L'article 1134 du Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ». L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations reprend à l'article 1103 cette formule en grande partie en remplaçant toutefois le terme de convention par le terme de contrat, mettant ainsi fin à une distinction malmenée par le Code civil lui-même⁵³. Cet article constitue le fondement légal de la force obligatoire des contrats. Il délimite le domaine matériel de la force obligatoire : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi » (Section 1), ainsi que son domaine personnel : « à ceux qui les ont faites » (Section 2).

Section I : Le domaine matériel de la force obligatoire du contrat de travail

37. Selon une interprétation usuelle de l'article 1134 du Code civil, les parties ont le pouvoir de créer leurs propres lois. Cet article est le premier de la Section Première : "Dispositions générales", du Chapitre III : "De l'effet des obligations", du titre III : "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général", du Livre III du Code civil. Le contrat formé, sous réserve qu'il respecte les dispositions légales, va valoir comme « un ensemble de règles juridiques »⁵⁴ qui trouve une application obligatoire certaine. Les parties disposent donc, à l'instar du législateur, du pouvoir de créer des normes juridiques dont l'exécution pourra être demandée en justice. La valeur normative du contrat constitue le domaine matériel de la force obligatoire du contrat. Différents fondements (S-Section 1) viennent justifier que le Code civil ait attribué un tel pouvoir aux parties. L'incertitude concernant le fondement exact de cette disposition a suscité plusieurs appréciations de la valeur normative du contrat (S-section 2).

⁵² C. trav. art. L. 1221-1: « *Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun.* »

⁵³ Par exemple, l'article 1135 du Code civil fait état des « obligations » contenues par les conventions, alors que seuls les contrats ne sont censés contenir des obligations.

⁵⁴ Dictionnaire Larousse, définition de « Loi »

Sous-Section I : Les fondements de la force obligatoire du contrat

38. La Loi donne elle-même le pouvoir aux parties de créer leur loi. Il en découle que la loi des parties doit être conforme à la loi générale. Ce fondement textuel (§2) datant de 1804 n'est cependant pas à l'origine de la création du principe : la force obligatoire du contrat a d'abord été justifiée par un fondement contextuel (§1).

§1. Le fondement contextuel de la force obligatoire du contrat

39. La valeur normative du contrat a d'abord et surtout été justifiée par l'autonomie de la volonté (I). Il a toutefois été démontré que l'autonomie de la volonté ne suffit pas à elle-même à donner force obligatoire au contrat. L'article 1134 alinéa 1 est avant tout motivé par l'objectif des parties contractantes : la confiance qu'elles s'accordent pour l'avenir (II).

I. L'autonomie de la volonté

40. *L'autonomie de la volonté naturelle.* La théorie de l'autonomie de la volonté est généralement empruntée à Kant, selon lequel « la volonté est une sorte de causalité des êtres vivants »⁵⁵. L'homme se détermine seul via sa volonté, indépendamment de toute force étrangère. Il en a été déduit que l'homme autonome peut se donner à lui-même sa propre loi⁵⁶. Ce postulat n'est pas sans rappeler celui du contrat social : les hommes aliènent leurs libertés naturelles dans un contrat réglementant de manière générale et abstraite la vie en société, parce que l'homme à l'état de nature est un loup pour l'homme⁵⁷. Ce contrat prend la forme d'une norme fondamentale à laquelle les parties doivent se plier puisqu'elles y ont abandonné leurs libertés. L'individu qui se donne sa propre loi est obligé parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu. L'autodétermination de l'homme paraît si naturelle qu'elle semble fonder la force obligatoire du contrat, en l'absence de toute justification d'un tel principe par le Code civil. Frédéric Portalis⁵⁸ affirme que la force obligatoire du contrat a été créée en raison de l'autonomie de la volonté ; et selon Ripert, l'autonomie de la volonté signifie que

⁵⁵ I. Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, 1785, Traduction par J.Tissot en 1837 édition Lagrange, Section III, p.270

⁵⁶ M. Fabre-Magnan, *Contrats et engagements unilatéraux*, T.1, 3è ed PUF, p.63

⁵⁷ T. Hobbes, *Elementa Philosophica de Cive*, 1647 : « *Homo homini lupus* » p.2

⁵⁸ Frédéric Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, 1844, cité par D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012 p.495

« l'homme par un acte de volonté individuelle arrive à créer entre lui et les autres hommes des rapports juridiques... à les modifier et à les éteindre »⁵⁹. L'autonomie de la volonté persiste encore aujourd'hui et ressurgit d'ailleurs dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui précise que l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil a été consacré dans une partie consacrée aux dispositions liminaires sur le contrat afin de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté⁶⁰. La force appartient donc aux parties dont la volonté permet de rendre le contrat obligatoire.

41. *L'autonomie de la volonté artificielle.* Cependant, il s'agit d'une vision positiviste de l'homme qui n'était pas celle des rédacteurs du Code civil. Affirmer l'autonomie de la volonté c'est rendre l'homme apte à créer du droit. Or, Portalis condamnait les juristes qui « ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui pourrait convenir à leurs intérêts »⁶¹. L'homme n'est pas apte à créer du droit. Parce qu'il ne vit pas à l'état de nature, l'homme ne peut dégager de sa seule volonté une force obligeante pour les parties à un contrat. Avant de convenir à leurs intérêts, le contrat doit convenir à la Loi du législateur qui a seul le pouvoir d'aliéner les volontés.

42. *L'autonomie de la volonté circonstanciée.* Par ailleurs, cette théorie présente quelques lacunes. Si la volonté avait toute puissance pour créer du droit, elle aurait toute puissance pour le défaire ou le modifier unilatéralement⁶². Or, l'article 1134 alinéa 2 précise bien que les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». En réalité, affirmer l'autonomie de la volonté revient simplement à rappeler la nécessité du consentement des parties au contrat : le contrat ne sera valable que si les parties ont consenti de manière libre et éclairé à son contenu⁶³ ; encore que ce postulat reçoive également son lot de critique. En effet, selon Gounot ⁶⁴ le contrat ne peut être envisagé abstraction faite du milieu social des parties contractantes. La

⁵⁹ Ripert, Résumé d'un cours publié en 1932, p4

⁶⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations P.14

⁶¹ A-P. Fenet *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 6, p.362

⁶² M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux* », T.1, 3è ed PUF, p.63

⁶³ Rep. Civ. M. Latina, *La force obligatoire du contrat*, n°82s.

⁶⁴ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, 1912.

libre volonté ne correspond donc qu'à une compétence et non à une réalité, puisque les parties peuvent être contraintes en raison de leur milieu social à contracter. C'est pourquoi la libre volonté doit être restreinte et le contrat doit être conforme à une justice commutative d'après laquelle chaque partie doit recevoir ce qu'elle donne, la disproportion étant vue comme un dol.

43. *L'autonomie de la volonté subordonnée.* En conséquence, il apparaît plus que de nier la volonté il convient de nier son autonomie. D'une part, car pour recevoir force obligatoire les contrats doivent être « légalement formés ». Tout en consacrant le principe de la liberté contractuelle, la loi vient limiter la volonté des parties en leur assurant une protection. « Saleilles a bien dit 'La volonté est au service du droit et non le droit au service de la volonté' »⁶⁵. Les parties sont liées par leur volonté mais cette volonté n'est pas totalement autonome. D'autre part car les contrats s'inscrivent dans un ordre social et répondent surtout du bien commun¹. La volonté d'une partie n'est pas autonome, elle est souvent liée à celle d'une autre partie. Les volontés sont interdépendantes.

II. L'interdépendance des volontés

44. *Le contrat est juste.* Contracter pour soi, c'est également contracter pour les autres. Demogue dénonce « le fétichisme de la volonté individuelle »⁶⁶. Selon son analyse, la force obligatoire du contrat se fonde sur le besoin de sécurité et l'interdépendance des individus dans la Société : chacun a besoin du travail de l'autre et ils doivent s'adapter entre eux. Ce postulat trouve application en droit du travail. L'entreprise est composée d'une multitude de salariés tous liés avec l'employeur par un contrat de travail et chaque contrat de travail est indépendant des autres : c'est parce qu'il existe déjà un chef de service pour le service A que le nouveau chef de service ne s'occupera que du service B, c'est parce qu'il existe un cadre au niveau N que l'employé niveau N-1 doit répondre de ses directives... Les liens contractuels permettent à l'entreprise d'organiser la répartition des tâches et de mettre en place une hiérarchie en son sein, et il est donc nécessaire que chacun des contrats de travail ait force obligatoire pour les parties afin de garantir sa stabilité. Si les parties pouvaient rompre ou modifier les contrats selon leur désir, cela mettrait en danger toute son organisation et aurait un fort impact économique. Le contrat

⁶⁵ E. Gounot *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p.343

⁶⁶ E. Demogue, RTD Civ 1907

s'inscrit dans un réseau contractuel qui permet le bon fonctionnement d'un rouage économique et social. La liberté absolue n'existe pas et la force obligatoire du contrat n'est entière pas seulement à la condition que les parties l'aient voulu mais parce que le contrat est juste⁶⁷. C'est la raison pour laquelle Fouillée affirmait « qui dit contractuel, dit juste »⁶⁸. La justice contractuelle, souvent à tort citée à l'appui de l'autonomie de la volonté, renvoie à l'idéal de Société acceptée par les hommes et auquel ils répondent tous. Le contrat répond à la même structure et à la même finalité que la Société : il est donc juste.

45. *Le contrat est prévision.* Néanmoins, au regard l'effet relatif du contrat⁶⁹, il apparaît que le fondement de la force obligatoire du contrat ne doit pas se trouver dans l'interdépendance des volontés au sein de la Société mais dans l'interdépendance des volontés des parties. La force obligatoire du contrat relèverait davantage de l'attente légitime du destinataire de la promesse faite. Cette doctrine ne supprime pas l'autonomie de la volonté mais vient la compléter⁷⁰. Selon Carbonnier, « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement »⁷¹. L'expression de la volonté d'une partie crée chez l'autre une attente légitime, qui, si elle ne se réalise pas, doit lui permettre d'être indemnisée. Cela fait écho à la théorie de la reliance⁷² appliquée dans les pays de la Common Law⁷³ : les parties sont liées par un contrat relationnel. Cette théorie prend comme point de départ la notion de dommages-intérêts contractuels, « l'expectation interest » : la partie lésée doit recevoir ce qu'elle aurait reçu si l'engagement avait été suivi, il s'agit de l'équivalent de l'attente générée par le contrat. Les dommages-intérêts permettent d'évaluer le dommage prévisible qui n'est rien d'autre que l'obligation inexécutée, qui constitue la mesure de la force obligatoire. Cette théorie reçoit application en droit français via l'article 1150 du Code civil qui n'admet la réparation en droit de la responsabilité contractuelle que du dommage prévisible⁷⁴. La prévisibilité du dommage vient définir l'obligation contractuelle à exécuter, et c'est parce qu'il est possible de prévoir ce qui causerait un dommage en

⁶⁷ Durkheim, *La division du travail social*, 1893

⁶⁸ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} édition, 1885, p.410

⁶⁹ Article 1165 du code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

⁷⁰ Rep. Civ. M. Latina « La force obligatoire du contrat » n°82s.

⁷¹ Carbonnier, Introduction dans *Cadiet, l'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p.34s

⁷² Littéralement : confiance, dépendance

⁷³ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1, 3^è ed PUF, p.65

⁷⁴ P. Lokiec, *Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007 p.321

l'absence d'exécution qu'il est possible d'attendre légitimement que cela soit exécuté. Apparaît ainsi la circularité de la théorie : la force obligatoire du contrat est prévue en raison des attentes légitimes des parties, lesquelles ont des attentes légitimes parce que le droit donne force obligatoire au contrat.

46. *L'exécution du contrat est nécessité.* La difficulté de fonder la force obligatoire du contrat vient du fait que la volonté des parties de s'obliger l'une envers l'autre constitue une énergie nécessaire à la formation du contrat, mais une fois formé celui-ci acquiert une indépendance par rapport à elles⁷⁵. La rencontre des volontés des parties résulte de la contingence, tandis que la réalisation des attentes légitimes nées constitue une nécessité. Cette nécessité ne peut être fondée autrement que par la loi. C'est pourquoi seuls les contrats « légalement formés » ne peuvent avoir une valeur normative.

§2. Le fondement textuel de la force obligatoire du contrat

47. *La création de Droit.* Le professeur Fabre-Magnan assimile le rôle de la volonté dans la force obligatoire du contrat au rôle de la volonté lorsqu'il s'agit d'allumer la lumière⁷⁶ : c'est bien en raison de sa volonté d'allumer la lumière que l'homme appuie sur l'interrupteur, mais la lumière vient d'ailleurs. De la même manière, c'est en raison de sa volonté d'être lié avec une partie que l'homme contracte, mais la force obligatoire du contrat vient de la loi. Le contrat est obligatoire parce que l'article 1134 du Code civil⁷⁷ en dispose ainsi. Cela correspond au positivisme juridique, qui renvoie essentiellement à la pyramide des normes édictée par Hans Kelsen⁷⁸, un des fondateurs du normativisme. La hiérarchie entre les normes qu'il établit postule que la norme de niveau inférieur n'a de force obligatoire que parce qu'elle respecte la norme de niveau supérieur qui le lui accorde. Au sommet de cette hiérarchie se trouve la norme fondamentale qui justifie de la force obligatoire de toutes les normes qui en découlent. Kelsen insérait dans sa pyramide la norme contractuelle⁷⁹. Sous réserve de respecter la loi qui accorde aux parties le pouvoir de le créer, le contrat est une norme qui a force obligatoire. Le contrat ne crée pas seulement des droits, il crée du Droit. Sans un tel fondement légal, le contrat aurait une force, celle de la volonté des parties, mais elle ne serait pas obligatoire, c'est-à-dire qu'elle ne serait

⁷⁵ M.A. Marrast, *La philosophie du droit de Hegel*, 1869, p.28s

⁷⁶ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 3è ed PUF, p.67

⁷⁷ Futur article 1103 à compter du 1^{er} octobre 2016

⁷⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ 2010 p.193s

⁷⁹ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD.1999 p771

pas justiciable. Monsieur Rouhette en reprenant l'analyse de Kelsen, précise que la volonté n'est pas suffisante à elle seule pour expliquer la création par le contrat d'effets de droit, il faut renvoyer à la loi qui, compte tenu de la volonté des parties, leur donne une action en justice⁸⁰. Assimiler la loi au contrat ne revient donc pas à dire que le contrat a la même valeur qu'une loi, mais que le contrat a la même essence qu'une loi : il crée une norme pour les parties qui doivent le respecter sous peine d'être judiciairement sanctionnées.

48. Le contenu des droits. Le normativisme aboutit à reconnaître la subordination du contrat à la loi. « Cette subordination permet d'expliquer que le contenu contractuel échappe dans une large mesure à la volonté des parties »⁸¹. Il est en effet de plus en plus fréquent que la loi prévoit un contenu contractuel obligatoire pour les contrats-types. Cette restriction à la liberté contractuelle explique également l'implication du juge dans la détermination de ce qui reçoit force obligatoire. Parce que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »⁸², le juge peut, face au silence des parties, intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives ou de le compléter conformément aux usages ou à l'équité. Il peut par ailleurs requalifier le contrat. La subordination du contrat à la loi suppose que les parties ne soient pas maîtresses de sa qualification. Le juge doit donc « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »⁸³. Ainsi, « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁸⁴. Dès lors que l'exécution du contrat fait apparaître qu'une partie exécute un travail rémunéré sous la direction de l'autre partie ou de son représentant ayant le pouvoir de la contrôler et de la sanctionner, le contrat sera qualifié par les juges de contrat de travail indépendamment de la qualification que les parties auraient donné à leur contrat⁸⁵. La volonté des parties est loin de l'autonomie qui lui était accordée et reste sous la tutelle de la loi.

⁸⁰ Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965

⁸¹ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD.1999 p771

⁸² Article 1135 du Code civil

⁸³ Article 12 du Code de procédure civile

⁸⁴ Cass. ass. plén. 4 mars 1983, Bull. Ass. Plén. N°3

⁸⁵ Pour exemples pour des candidats à des émissions de télé-réalité : Soc. 3 juin 2009 *Ile de la tentation* Bull. civ. 2009 V n°141, Civ 1^{ère} 24 avril 2013 *Ile de la tentation II* Bull. 2013 I n°83, Soc. 25 juin 2013, *Mister France* Bull. 2013 V n°165.

49. Synthèse. L'approche normativiste du contrat permet de trouver le fondement de sa force obligatoire. Le contrat est légitime à lier les parties car la loi lui en accorde le pouvoir. Néanmoins, ainsi que le soulignait Madame Fabre-Magnan⁸⁶, la question demeure de savoir pourquoi la lumière s'allume, et pourquoi a-t-on voulu donner au contrat une force obligatoire. La réponse est pragmatique : une société où les justiciables ne pourraient pas poursuivre l'exécution des contrats ne serait pas viable longtemps. L'adage « pacta sunt servanda » trouve d'ailleurs application en droit international public s'agissant des conventions conclues entre les Etats. Ces derniers restent souverains mais ils s'obligent à respecter les conventions qu'ils ratifient afin de pouvoir coexister pacifiquement. Il convient de protéger la confiance réciproque que les parties se sont accordées en s'obligeant l'une envers l'autre. En conséquence, le fondement de la force obligatoire est double : il relève du consentement des parties et de la loi. Dès lors que ce consentement est valablement exprimé, la loi en tire pour conséquence la force obligatoire de la norme créée par les parties.

Sous-Section II : Les appréciations de la force obligatoire du contrat

50. La question du domaine matériel de la force obligatoire du contrat s'est longtemps posée eu égard au contrat ou à son effet (§1). Toutefois, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février remet en cause cette question en laissant entendre que la force obligatoire ne concernerait que la pérennité du contrat et de son contenu (§2).

§1. De lege lata

51. Pour la plupart des auteurs, la force obligatoire du contrat signifie que les parties doivent exécuter le contenu obligationnel prévu au contrat (II). La notion de force obligatoire serait intrinsèquement liée à la notion d'obligation telle que définie comme le lien créateur de droits subjectifs entre un débiteur et un créancier. Cependant cette vision conduit à faire une confusion entre le contrat et l'obligation que certains auteurs condamnent en affirmant avec force qu'un contrat a une force obligatoire indépendamment de son contenu. La force obligatoire du contrat consisterait davantage dans la création d'une norme que dans son exécution (I).

⁸⁶ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 2è ed PUF, p.62

I. La force obligatoire et la création du droit contractuel

52. *Contrat et obligations.* La norme contractuelle se distingue des droits et de l'obligation qu'elle crée. Pour cause : elle peut ne pas être productrice d'une obligation. Selon l'article 1101 du Code civil le contrat est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Le contrat serait une catégorie de convention ayant seule le pouvoir de créer des obligations. « Autre chose est la convention, autre chose est l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier »⁸⁷. Toutefois le Code civil admet la force obligatoire de toutes les « conventions légalement formées » et non du seul contrat créateur d'obligation. La définition de la force obligatoire de la convention est indépendante de l'obligation liant un débiteur et un créancier. Cette distinction entre contrat et obligation est cependant peu effective et très peu respectée. C'est pourquoi l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations y met fin en consacrant une nouvelle définition du contrat qui serait « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à créer des effets de droit »⁸⁸. « Le contrat est l'objet d'une nouvelle définition, si large qu'elle englobe des actes non créateurs d'obligations »⁸⁹ qui auront pour autant force obligatoire.

53. Il existe dorénavant et déjà des contrats qui ne sont pas créateurs d'obligations et qui reçoivent force obligatoire. Ainsi, le Professeur Ancel invoque à l'appui de sa démonstration visant à distinguer contrat d'obligation⁹⁰ l'exemple du contrat cadre « dont l'objet est de fixer des normes régissant les contrats d'application que les parties passeront ou pourront passer ultérieurement entre elles ». L'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations consacre cette analyse et définit dans son article 1111 le contrat cadre comme « un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures ». Il n'est fait nul état d'une obligation. Le contrat cadre répond à la qualification du contrat, a une essence normative, mais ne crée par de lien d'obligation entre un débiteur et un

⁸⁷ Demolombe, XXIV n°384 et s.

⁸⁸ Article 1101 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016

⁸⁹ G. Guerlin dans *Addendum Dalloz 2016 « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations »* sous « *Contrat et convention* ».

⁹⁰ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD.1999 p771

créancier. Pour autant son application est obligatoire pour les parties. Une autre analyse, qui vient nuancer celle du Professeur Ancel, pourrait conduire à interpréter le contrat cadre comme créant une obligation de conclure des contrats à l'avenir. Il ne s'agit toutefois pas du seul argument du Professeur qui s'appuie également sur les contrats extinctifs de droit, tel que la remise de dette, afin de démontrer qu'un contrat peut ne contenir aucune obligation. Selon lui, « ni l'une ni l'autre des parties n'est tenue à aucune prestation positive, ni même à aucune abstention envers l'autre »⁹¹. Il n'existe plus entre elles de lien juridique. L'ordonnance n°2016-131 consacre l'éventuelle vocation extinctive du contrat : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁹². Le contrat et l'obligation ne se confondent pas, bien qu'ils puissent se superposer. Il s'agit de la distinction admise en jurisprudence entre les prérogatives contractuelles et la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties⁹³. La Cour de cassation a admis dans un arrêt du 10 juillet 2007 que le juge peut contrôler l'exercice loyal des droits créés par le contrat, mais il ne peut pas à ce titre porter atteinte au droit créé par le contrat. A l'occasion du communiqué relatif à cet arrêt, la Cour de cassation a renvoyé directement à l'analyse du Professeur Ancel afin de justifier sa position⁹⁴.

54. Force obligatoire et norme contractuelle. La norme contractuelle « emporte la création d'un lien de droit source de normes individuelles »⁹⁵. L'article 1134 du Code civil donne un pouvoir normateur aux parties à un contrat : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ». Le contrat, assimilable à la loi, fait partie intégrante de la hiérarchie des normes applicable aux parties. Selon l'analyse Kelsenienne, le contrat est une procédure créant une norme⁹⁶. Dès lors, « dire que le contrat a force obligatoire c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique »⁹⁷. La force obligatoire est associée à l'essence normative du contrat pour les parties, elle est la source, le contenant, « le cadre général à l'intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s'inscrire des rapports d'obligation »⁹⁸. La force obligatoire est créatrice de Droit. C'est la

⁹¹ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD. Civ.1999 p.771

⁹² Article 1101 de l'ordonnance du 10 février 2016

⁹³ Cass. Com. 10 juil.2007 Bull. 2007, IV, N° 188

⁹⁴ Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, disponible sur : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/arrêt_n_10678.html

⁹⁵ Rep. Civ. M. Latina, *La force obligatoire du contrat*, n°82s.

⁹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ 2010 p.256s

⁹⁷ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD.1999 p.771

⁹⁸ P. Ancel *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD.1999 p.771

définition normative de la force obligatoire du contrat qui fonde son exécution obligatoire par les parties.

II. La force obligatoire et l'exécution des droits contractuels

55. Contrat et contenu obligationnel. La plupart des auteurs établissent cependant une confusion entre le contrat et les obligations qu'il crée. Puisque le contrat est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose », il ne peut être défini indépendamment de son contenu obligationnel. « Toute dissociation entre le contrat-source et l'obligation-objet est illusoire »⁹⁹. Cette confusion se retrouve en droit du travail puisque le contrat de travail est défini par son objet : il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération¹⁰⁰, ce qui est précisément l'objet du contrat de travail. De cet objet découlent les effets du contrat de travail : l'exercice par le salarié d'une prestation sous la direction, le contrôle, la sanction¹⁰¹ de l'employeur. Le contrat de travail se définit donc par ses effets. Il apparaît de prime abord impossible de distinguer la création d'une norme de son contenu obligationnel. Cette analyse revient cependant à dire que le contrat qui ne crée pas d'obligation n'a pas force obligatoire, ce qui est contredit par le futur droit des obligations¹⁰².

56. Force obligatoire du contenu obligationnel. Cette analyse obligationnelle du contrat déteint sur l'analyse de sa force obligatoire. « Le contrat a pour effet de faire naître des obligations ; en d'autres termes il a une force obligatoire »¹⁰³. Le Code civil semble même le consacrer puisqu'il évoque la force obligatoire des contrats dans le chapitre III du titre III¹⁰⁴ intitulé de l'effet des obligations. Cela a deux conséquences sur l'étude portée sur la force obligatoire : elle ne s'étudie d'une part que comme un contenu obligationnel, et elle ne s'étudie d'autre part que comme l'effet exécutoire de l'obligation. La plupart des manuels de droit civil envisagent la force obligatoire du contrat à l'aune des « obligations

⁹⁹ L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n°8s. spéc. n°34

¹⁰⁰ Cass. soc. 22 juil. 1954 Bull. civ. V, n° 576

¹⁰¹ Cass. soc. 13 nov. 1996 Bull. Civ. 1996 V N° 386 p. 275, Société Générale

¹⁰² La notion de contrat recevant une nouvelle définition indépendante de la notion d'obligation tel que cela a été expliqué.

¹⁰³ P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 2^{ème} édition, Tome 1, Les sources, Sirey, 1987 n°246

¹⁰⁴ *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*

réellement voulues par les parties »¹⁰⁵. La distinction entre la norme et l'obligation n'est plus effective puisque la force obligatoire ne s'applique qu'à l'obligation. Le contrat aurait pour effet la création d'une obligation qui est, par définition éponyme, obligatoire pour les parties. Ainsi, suit à l'étude du contenu obligationnel du contrat, celle de l'inexécution du contrat sanctionnée par sa force obligatoire. Cette définition paraît restrictive. Si la force obligatoire du contrat n'intervient qu'au moment de l'exécution, c'est parce que les seules hypothèses de revendication juridictionnelle de la force obligatoire du contrat n'interviennent qu'à l'occasion de l'inexécution du contrat par l'un des cocontractants. Cela n'empêche pas que la force obligatoire du contrat d'exister indépendamment de l'inexécution du contrat. La force obligatoire du contrat ne peut pas s'envisager indépendamment de la définition du contrat.

§2. De lege ferenda

57. Nouvelle définition de la force obligatoire ? Il a été admis que l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil constituait la définition de la force obligatoire. De ce postulat, découlaient l'intangibilité et l'irrévocabilité unilatérales du contrat d'ailleurs consacrée à l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil selon lequel « elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». Toutefois, le nouvel article 1193 du Code civil en vigueur à partir du 1^{er} octobre 2016, disposera seulement que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Rien de surprenant si ce n'est que cet article se trouve dans la Sous-section 1 de la Section 1 du chapitre IV du titre III du livre III du Code civil intitulée « Force obligatoire ». L'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil, devenu « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », est relayé au chapitre 1^{er} intitulé « Dispositions liminaires ». La force obligatoire, effet des contrats, n'aurait plus qu'un domaine matériel limité à la modification et à la révocation du contrat, pourtant qualifiées de déclinaisons du principe dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016¹⁰⁶.

58. Nouvelle organisation du Code civil. Cependant, c'est à raison que le Rapport au président de la République qualifie l'intangibilité et la modification du contrat de déclinaisons du

¹⁰⁵ A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien. 2012 p.211

¹⁰⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations P.14

principe essentiel de la force obligatoire du contrat. En effet, ce rapport précise bien que l'article 1103 du Code civil en vigueur au 1^{er} octobre 2016 constitue le fondement du principe de la force obligatoire du contrat¹⁰⁷. Loin de consacrer une vision minimaliste du domaine matériel de la force obligatoire, la nouvelle organisation du Code civil en consacre une vision maximaliste. Le principe de la force obligatoire du contrat doit participer de « l'interprétation de l'ensemble des règles du contrat, et au besoin à en combler les lacunes »¹⁰⁸. De manière cohérente avec l'essence normative du contrat, la force obligatoire du contrat se pose désormais comme faisant partie « des définitions du contrats »¹⁰⁹. Le futur article 1193 du Code civil constitue une manifestation concrète de ce principe, mais non son intégralité. La composition de la Sous-section consacrée à la force obligatoire ne peut d'ailleurs pas s'expliquer autrement. A ce titre il convient de comparer l'articulation entre les articles 1134 et 1135 actuels et entre les futurs articles 1193 et 1194. L'alinéa 1er de l'article 1134 fait directement référence à l'essence normative des conventions. L'article 1135 se trouve donc logiquement à la suite puisqu'il indique que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Les suites données au contrat reçoivent tout autant force obligatoire que les prévisions des parties puisqu'elles « obligent » au même titre. Par forçage du contrat, la Loi nationale peut devenir la loi des parties. A partir du 1er octobre 2016, il faudra revenir quatre-vingt-dix articles en arrière pour comprendre l'article 1194, dont la signification ne peut pas découler du futur article 1193 selon lequel « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». En effet, c'est bien parce que le contrat est une loi pour les parties que son contenu, même forcé par la loi, l'usage ou l'équité, les oblige. La présence du futur article 1194 du Code civil dans la partie consacrée à la force obligatoire du contrat est un aveu du législateur : le principe de la force obligatoire du contrat garde sa philosophie et n'est pas réduit aux seules intangibilité et irrévocabilités unilatérales¹¹⁰.

59. Synthèse. Dire que le contrat a une force obligatoire c'est dire que les parties ont une force, celle de créer une loi, dont l'effet automatique est d'être obligatoire. L'actuel article 1134

¹⁰⁷ Ibid. P. 3 et 4

¹⁰⁸ Ibid. P.4

¹⁰⁹ Ibid. P.4

¹¹⁰ Ce qui, au demeurant, aurait été une véritable consécration du fondement sociologique de la force obligatoire du contrat. En extrayant des dispositions la concernant la nature de « loi » pour les parties du contrat, le législateur aurait écarté le fondement normatif au profit du seul consensualisme.

et le futur article 1103 du Code civil couvrent à la fois l'essence normative du contrat et son effet obligatoire (et obligationnel si la norme crée une obligation). La source contractuelle ne peut pas s'envisager indépendamment de son effet obligatoire puisque le caractère obligatoire de la norme participe de sa définition. La force obligatoire est consubstantielle à la notion de contrat. Dès lors, rattacher la force obligatoire à l'essence normative du contrat permet de couvrir l'ensemble de la notion. Le contrat est une norme : il doit donc être respecté dans son existence (irrévocabilité unilatérale), dans son contenu (immutabilité) et dans ses effets (exécution des stipulations). Cela explique que le régime de la force obligatoire du contrat comprenne la protection du Droit et des droits des parties, seules à en être tenues et seules à pouvoir l'invoquer¹¹¹.

Section II : Le domaine personnel de la force obligatoire du contrat de travail

60. Les conventions ont un effet un effet relatif, elles ne tiennent lieu de loi qu'à « ceux qui les ont faites »¹¹². Elles « ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121¹¹³ »¹¹⁴. Le tiers ne peut se prévaloir de droits ni être tenu d'obligations nées d'un contrat auquel il n'est pas parti. La difficulté dans les relations de travail réside dans la détermination des parties et la délimitation du périmètre de la force obligatoire du contrat de travail (S-section I) : celui-ci justifie l'appartenance du salarié à une communauté de travail qui ne correspond pas toujours à celle que dirige son employeur, qui pour autant est le seul à être lié par la force obligatoire du contrat. Un tel contrat qui, en raison de l'interdépendance des salariés au sein de la communauté de travail, a un rayonnement qui dépasse le cercle de ses parties (S-section II). Les relations de travail malmènent le principe de droit commun de l'effet relatif du contrat.

¹¹¹ Il convient ici de ne pas faire une application large de l'analyse ancéenne qui reviendrait à ce que « *cette norme s'impose à tout le monde, et tout sujet de droit est tenu de la respecter.* » Tel que cela sera expliqué, en principe seul l'existence du contrat doit être respectée par les tiers et peut leur être opposée, son essence normative ne tient que les parties. Opposer la norme au tiers reviendrait à lui opposer son effet obligatoire et violerait l'effet relatif des contrats.

¹¹² Article 1134 du Code civil

¹¹³ « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.* »

¹¹⁴ Article 1165 du Code civil.

Sous-section I : Le périmètre de la force obligatoire du contrat de travail

61. Les relations d'interdépendance économique constatées notamment au sein des groupes de société rendent difficile l'identification des parties (§1) ou des tiers (§2) au contrat de travail, puisqu'un tiers au contrat de travail n'est pas nécessairement un tiers à la relation de travail.

§1. L'identification des parties

62. L'identification du salarié ne pose en principe pas de difficulté : si le contrat de travail est écrit, le salarié correspond à la personne nommément identifiée ; si le contrat de travail ne reçoit pas de forme solennelle, le salarié correspond à la personne qui exerce un travail rémunéré sous la subordination d'une autre qui est son employeur. L'identification de l'employeur est, elle, parfois plus complexe. Il en va ainsi dans les groupe de sociétés où « un salarié peut donc avoir été recruté par une société, être rémunéré par une deuxième et effectuer sa prestation pour une troisième »¹¹⁵. C'est pourquoi, si en principe le critère formel (§1) suffit à identifier l'employeur, les juges recourent souvent au critère réel (§2).

I. Le critère formel

63. L'identification de l'employeur a lieu le plus souvent au moment de la conclusion du contrat de travail signé par les deux parties (A). Cependant, il arrive que le contrat circule lors de son exécution et qu'un nouvel employeur vienne se substituer au premier (B).

A) La conclusion du contrat

64. *Le consensualisme*. La conclusion du contrat de travail se réalise lors de la rencontre des consentements entre le salarié et l'employeur¹¹⁶. Au sein des groupes, il est fréquent qu'une société exerce la fonction "personnel" pour le compte des autres filiales¹¹⁷ et que la rencontre des consentements ait lieu entre un salarié et une société mandatée pour le recruter. Cette dernière n'en acquiert pas pour autant la qualité d'employeur de tous les salariés du groupe, qui sont « au service de sociétés différentes et juridiquement

¹¹⁵ D. Chatard, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, LexisNexis 2013 p.23

¹¹⁶ Article 1113 du Code civil applicable au 1^{er} octobre 2016 : « le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager »

¹¹⁷ A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société*, Dr. soc. 2010 p.738

distinctes »¹¹⁸. Les parties devant nécessairement avoir la personnalité juridique, le salarié ne peut pas contracter avec un groupe de société, il ne peut contracter qu'avec la mère ou une de ses filiales ayant la personnalité morale.

65. Le formalisme. En principe, le code du travail n'impose pas la rédaction d'un contrat de travail écrit constatant la relation entre l'employeur et le salarié. Si, la plupart du temps, la société employeur est identifiée dans un contrat de travail signé par les parties, il est possible qu'aucun contrat écrit n'ait été établi et que le salarié émette des doutes quant à l'identité de son employeur. Le droit de l'Union Européenne prévoit pour l'employeur une obligation d'information du salarié portant notamment sur l'identité des parties¹¹⁹ via un ou plusieurs documents écrits les mentionnant¹²⁰, tel que le bulletin de paye qui est remis par l'employeur au salarié lors du paiement du salaire¹²¹ et qui comporte son nom et son adresse¹²². Il s'agit souvent du siège social de la société pour laquelle il travaille. L'identification de l'employeur se trouve facilitée par l'exigence croissante d'un formalisme de protection du salarié qui vient chasser le consensualisme originaire.

66. Ce formalisme se multiplie davantage dans les cas de conclusions de contrats dits précaires (contrat de travail à durée déterminée, contrat de travail à temps partiel), ainsi que dans les cas où l'identification de l'employeur est rendue difficile par la mobilité du salarié. Le Code du travail dispose que ces contrats doivent être écrits¹²³ et comporter des mentions obligatoires. La signature du contrat par chacune des parties permet de les identifier. Cette exigence supplémentaire est particulièrement utile lorsque le salarié, par le biais d'une relation triangulaire entre lui, son employeur et l'entreprise utilisatrice de sa force de travail, n'exerce pas sa mission au sein de l'entreprise qui l'emploie. Il signe avec son employeur un contrat de travail¹²⁴ écrit, et l'employeur signe avec l'entreprise utilisatrice une convention de mise à disposition¹²⁵ qui établit le motif du recours au salarié. Le salarié mis à disposition de l'entreprise utilisatrice n'est pour autant pas lié contractuellement avec

¹¹⁸ J. Mouly, *Contrats de travail successifs. Maintien abusif d'une clause d'essai*. Dr. soc. 2000 p.552, note sous Cass. Soc. 7 mars 2000 pourvoi n° 98-40198.

¹¹⁹ Article 2 de la directive CEE du 14 octobre 1991 n°91/533

¹²⁰ Article 3 de la directive CEE du 14 octobre 1991 n°91/533

¹²¹ C. trav. art. L.3243-2

¹²² C. trav. art. R.3243-1

¹²³ C. trav. art. L.1242-12 pour le contrat à durée déterminée, C. trav. art. L.3123-14 pour le contrat à temps partiel

¹²⁴ C. trav. L.1251-16 pour le travail temporaire, C. trav. L.1253-9 pour les groupements d'employeur, C. trav. L.1254-14 pour le portage salarial

¹²⁵ C. trav. art. L.1251-42 pour le travail temporaire

elle et son employeur reste la société avec laquelle il a conclu le contrat de travail. En outre, si son contrat de travail n'est pas établi par écrit¹²⁶ ou qu'il ne contient pas toutes les mentions obligatoires¹²⁷, il est requalifié en contrat de travail à durée indéterminée avec l'entreprise initiale et non avec l'entreprise utilisatrice. Le critère formel permet donc de plus en plus d'identifier l'employeur au moment de la conclusion d'un contrat de travail écrit entre lui et le salarié.

B) La circulation du contrat

67. Au cours de son exécution, le contrat de travail peut être amené à circuler. La force de travail du salarié étant l'objet principal du contrat de travail¹²⁸, il est difficile de concevoir que le changement de partie puisse affecter le salarié. Toutefois, malgré le caractère intuitu personae du contrat de travail et en raison de la mobilité du salarié ou de son appartenance à l'entreprise, une opération de changement d'employeur est concevable soit à titre principale (1) soit à titre accessoire (2).

1- La circulation du contrat à titre principal

68. Dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences¹²⁹, de nombreux accords prévoyant la mobilité des salariés sont signés au sein des groupes¹³⁰. Les salariés tenus informés des postes à pourvoir au sein du groupe ont l'opportunité d'évoluer soit en concluant un nouveau contrat (a), soit en poursuivant leur contrat (b) avec l'une des filiales.

a- La rupture du contrat

69. Cette hypothèse n'appelle pas à de grands développements dans le domaine de la force obligatoire du contrat de travail. Si un nouveau contrat est conclu, il va lier de nouvelles parties et acquérir sa propre force obligatoire, indépendamment du premier contrat de travail conclu avec la première filiale du groupe. Il est toutefois intéressant de souligner qu'en pratique le nouveau contrat de travail prévoit une reprise des droits et de l'ancienneté du salarié au sein du groupe. Il s'agirait même d'une condition de réussite de

¹²⁶ Cass. soc 17 septembre 2008, pourvoi n° 07-40704

¹²⁷ Cass. soc. 11 mars 2015, pourvoi n° 12-27855

¹²⁸ T. Revêt, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992 p.859

¹²⁹ C. trav. art. L.2242-13s

¹³⁰ J-F Cesaro, *Les accords de transfert des salariés*, Gaz. Pal. 1997 n°275 p.14

l'opération¹³¹. Cela se comprend aisément : le transfert s'opérant généralement dans le cadre de l'évolution de la carrière du salarié au sein du groupe, le maintien du bénéfice de son ancienneté en découle. La force obligatoire du premier contrat de travail trouve donc à s'appliquer indirectement et officieusement entre les nouvelles parties au nouveau contrat de travail. Cependant, la question de l'identification des parties au premier contrat de travail ne se pose réellement qu'en cas de continuité de celui-ci lors du transfert.

b- **La continuité du contrat**

70. La modification de l'employeur. Le contrat de travail d'origine continue dans la personne du nouvel employeur, qui devient une partie liée par sa force obligatoire. Il s'agit d'une application volontaire de l'article L 1224-1 du Code du travail prévoyant le transfert des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur¹³². Cette application peut résulter d'un accord direct entre l'ancien employeur et le nouvel employeur ou de l'application d'une convention collective prévoyant, en l'absence de réunion des conditions permettant l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail, que les contrats de travail seront poursuivis avec le nouvel exploitant. La Cour de cassation a longtemps considéré que cette application volontaire du transfert du contrat était une modification du contrat de travail du salarié qui ne pouvait de ce fait intervenir qu'avec son accord¹³³. Cependant cette solution a posé un problème majeur : le transfert conventionnel du contrat de travail du salarié intervenait parfois en raison de difficultés économiques subies par l'employeur initial. La modification du contrat de travail consécutive à un motif économique répond à une procédure particulière selon laquelle le salarié, informé par l'employeur du motif et de la modification qu'il entraîne, a un mois pour exprimer son refus, son silence à l'issue de ce délai valant acceptation¹³⁴. L'application de cette procédure au transfert du contrat de travail aurait posé deux difficultés : d'une part cela aurait permis au salarié transféré de faire valoir l'irrespect de la procédure de modification pour motif économique et d'autre part cela aurait permis le transfert du salarié sans son acceptation expresse¹³⁵. Mettant fin à ces éventuels problèmes de procédure, la Cour de

¹³¹ J-F. Cesaro A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, relations individuelles*, p.695, 3è ed. LexisNexis

¹³² Hypothèse correspondant au transfert d'entreprise

¹³³ Cass. soc 5 mai 2004, pourvoi n°02-42580

¹³⁴ C. trav. art. L.1222-6

¹³⁵ A. Mazeaud, *L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail*, Dr. soc. 2009 p.813

cassation a finalement qualifié le transfert conventionnel de « novation du contrat de travail », nécessitant, sauf disposition législative contraire, l'accord exprès du salarié¹³⁶.

71. La novation du contrat de travail. La novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une nouvelle obligation qui la remplace¹³⁷. La novation peut s'opérer par une substitution de débiteur ou par une substitution de créancier¹³⁸. Elle résulte d'une convention entre toutes les parties intéressées constatant leur animus novandi¹³⁹. Elle est parfois identifiée sous le terme de délégation. Lorsque la délégation libère totalement le premier débiteur de son obligation, elle est qualifiée de novation ou de délégation parfaite¹⁴⁰ ; lorsque que le débiteur reste tenu par son obligation qui se superpose à la nouvelle obligation créée, il ne s'agit plus que d'une délégation simple ou imparfaite¹⁴¹. Le régime de la novation correspond davantage au transfert conventionnel que le régime de la modification du contrat de travail¹⁴², bien que cette opinion ne soit pas partagée par tous les auteurs dont certains affirment qu'il s'agit d'une qualification d'opportunité¹⁴³. Il permet de substituer l'ancien employeur (à la fois débiteur et créancier du contrat synallagmatique) au nouvel employeur partie à la convention de novation. Le salarié, troisième partie de ladite convention, donne son accord exprès afin de n'être plus lié au nouvel employeur que par une nouvelle obligation identique à la précédente, sauf modification du contrat réalisée à cette occasion. Le nouvel employeur devient partie au contrat de travail et est lié par sa force obligatoire. L'ancien employeur peut également rester tenu de la force obligatoire du contrat de travail. « Le rattachement à l'employeur d'origine peut ne pas disparaître définitivement »¹⁴⁴ lors du transfert puisqu'une clause de retour peut être stipulée obligeant l'ancien employeur à redonner au salarié son ancien poste ou un équivalent dans l'entreprise si celui-ci le demande postérieurement à son transfert. Il s'agit d'une hypothèse de délégation imparfaite. En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation poursuit sa logique novatoire en refusant de rendre le nouvel

¹³⁶ Cass. soc 8 avril 2009 pourvoi n° 08-41046

¹³⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13^e ed. Montchrestien p.601.

¹³⁸ C. civ art. 1271

¹³⁹ Intention de nover

¹⁴⁰ Le Code civil renvoie d'ailleurs indifféremment à la novation à son article 1274 et à la délégation à son article 1275, tous deux dans le chapitre consacré à la novation

¹⁴¹ C. civ. art. 1275 : la novation n'a lieu que si le créancier déclare expressément qu'il entend décharger son débiteur.

¹⁴² B. Ines, *Changement d'employeur : pas d'acceptation tacite*, D. 2009 p.1282

¹⁴³ P. Morvan, *Transfert d'entreprise et modification du contrat de travail pour motif économique*, JCP S 2009 p.1339

¹⁴⁴ A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société*, Dr. soc. 2010 p.738

employeur débiteur des obligations qui incombait à l'ancien employeur au moment du transfert¹⁴⁵, décision justifiée par la substitution de l'obligation du premier employeur par une nouvelle obligation. Le mécanisme de la novation appliqué par la Cour de cassation au transfert conventionnel du contrat de travail présente néanmoins une contradiction : l'utilisation du terme de « novation du contrat de travail » implique la substitution non de l'obligation mais du contrat en lui-même. Le premier contrat est rompu¹⁴⁶. Pour autant, la Cour de cassation semble affirmer le contraire puisque le nouvel employeur ne peut pas stipuler de période d'essai au contrat¹⁴⁷. De plus, si le contrat était rompu, le droit du licenciement devrait trouver application, ce qui n'est pas le cas. Certains auteurs présentent donc le transfert du contrat de travail comme une cession de contrat¹⁴⁸.

72. La cession du contrat de travail. Le droit commun des obligations ne connaît pas, avant le premier octobre 2016, de régime exprès de cession de contrat. Selon certains auteurs, elle peut intervenir par trois moyens¹⁴⁹. Le premier renvoie à l'hypothèse de la délégation. La cession de contrat peut ensuite résulter d'une stipulation pour autrui¹⁵⁰ : l'employeur initial contracte avec un nouvel employeur au profit du salarié qui, s'il l'accepte, changera d'entreprise. Le même contrat de travail se poursuit tandis que l'employeur initial se trouve totalement libéré de ses obligations au profit du nouvel employeur, lié avec le salarié par la force obligatoire du contrat de travail. Cette approche n'est pas radicalement différente de la suivante qui permet une cession du contrat de travail par une convention tripartite entre les deux employeurs et le salarié qui consentent à transférer le contrat de travail. Il s'agit d'une application large de la liberté contractuelle des parties¹⁵¹ leur permettant de disposer du contrat sous réserve de leurs consentements mutuels. Le contrat tient alors de loi à ceux qui l'ont créé et à ceux qui ont voulu s'y soumettre. Ces hypothèses ont certainement vocation à être consacrées par la Cour de cassation. A partir du 1^{er} octobre 2016, l'article 1216 du Code civil disposera qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord du cocontractant, le cédé. [...] La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». Ce nouveau mécanisme permettant la cession du contrat pourrait résoudre les incohérences jurisprudentielles

¹⁴⁵ Cass. soc. 27 mai 2015, pourvoi n°14-11.155

¹⁴⁶ J-F. Cesaro, *Les accords de transfert des salariés*, Gaz. Pal. 1997 n°275 p.14

¹⁴⁷ Cass. soc. 1er févr. 1995, pourvoi n° 91-42.191

¹⁴⁸ B. Ines, *Changement d'employeur : pas d'acceptation tacite*, D. 2009 p.1282

¹⁴⁹ J-F. Cesaro, *Les accords de transfert des salariés*, Gaz. Pal. 1997 n°275 p.14

¹⁵⁰ C. civ, art. 1121 prec.

¹⁵¹ C. Lachièze, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* D. 2000 p.184

concernant le changement de l'employeur. La Cour de cassation admettrait que le contrat qui s'applique entre le cessionnaire et le salarié est identique au contrat s'appliquant avec le cédant. La même force obligatoire s'applique au nouvel employeur. Ce mécanisme protégerait le salarié à double titre : le changement serait subordonné à son accord, et à la réalisation d'un écrit accroissant la valeur probatoire et informative de l'opération. La réforme du droit des contrats pourrait donner naissance à un revirement de jurisprudence en droit du travail¹⁵².

73. Le mécanisme retenu pour qualifier le transfert conventionnel du contrat de travail présente un intérêt majeur puisqu'il permet d'identifier quelles seront les parties à ce contrat. Une telle difficulté n'intervient pas lorsque le transfert du contrat de travail joue automatiquement par le jeu de l'article L 1224-1 du Code du travail qui délimite lui-même l'opération.

2- La circulation du contrat à titre accessoire

74. L'article L 1224-1 du Code du travail vise les cas de transfert de contrats de travail à titre accessoire : les contrats de travail suivent l'entreprise qui fait l'objet de l'opération principale telle que la fusion, la vente, la transformation du fonds, la mise en société. Cette liste n'est pas limitative et est interprétée de manière extensive par la jurisprudence qui est venue définir les conditions d'application de l'article L 1224-1 du Code du travail.

75. *Les conditions du transfert.* L'activité transférée doit être une entité économique autonome. Une entité économique consiste en une activité économique (production de biens ou de services nettement identifiés) poursuivant un objectif propre¹⁵³. L'activité doit être organisée de manière stable et poursuivre un objectif indépendant de ceux des autres activités exercées au sein de l'entreprise : un rayon de boucherie équipé au sein d'un super marché est une activité économique poursuivant un objectif propre¹⁵⁴. L'entité économique est autonome lorsqu'elle est constituée d'un ensemble organisé de personnes, c'est-à-dire de salariés spécialement affectés à cette activité¹⁵⁵, et d'éléments corporels ou

¹⁵² G. Loiseau, *Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, JCP S 2015 p.1468

¹⁵³ Cass. soc. 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-45289

¹⁵⁴ Cass. soc. 26 sept. 1990 pourvoi n° 86-40813

¹⁵⁵ Cass. soc. 15 janvier 2003 pourvoi n° 00-46416

incorporels¹⁵⁶ telle que la commercialisation des produits d'une marque et la clientèle qui y est attachée¹⁵⁷. Le transfert d'une entité économique autonome qu'il soit direct, tel que par la cession d'une branche d'activité¹⁵⁸, ou indirect, tel que par la reprise d'un marché perdu par l'ancien prestataire¹⁵⁹, n'entraîne un transfert des contrats de travail des salarié affectés à cette activité uniquement si l'entité conserve son identité et si son activité est reprise¹⁶⁰. Cela signifie que le cessionnaire doit reprendre les moyens significatifs et nécessaires à l'exploitation¹⁶¹ de l'objectif propre poursuivi par l'activité économique.

76. Les effets du transfert. Dès lors que ces conditions sont réunies, les contrats de travail des salariés affectés à l'exercice de l'activité sont transférés de plein droit au repreneur qui ne peut s'en exonérer. « Par le seul effet de l'article [L. 1224-1] du Code du travail, le contrat de travail subsiste avec le nouvel employeur, aux conditions en vigueur au jour du transfert »¹⁶², la force obligatoire du contrat va lier le nouvel employeur, partie malgré lui, tandis que l'ancien employeur s'en trouvera pleinement libéré. Le salarié doit donc garder le bénéfice de sa qualification¹⁶³, de sa rémunération, de son ancienneté¹⁶⁴ et une période d'essai ne peut pas être conclue¹⁶⁵. La seule hypothèse dans laquelle le contrat de travail ne produirait pas force obligatoire envers le repreneur concerne l'hypothèse d'une reprise de l'activité par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. Un contrat de travail de droit privé ne pouvant pas valablement s'appliquer, la personne publique est tenue de proposer au salarié un contrat de droit public¹⁶⁶ dont les principales caractéristiques correspondent à son contrat de travail de droit privé¹⁶⁷ sous réserve des dispositions d'ordre public applicables. En-dehors de cette hypothèse, le même contrat de travail va continuer à s'appliquer entre le salarié et le nouvel employeur.

77. Il arrive que le contrat de travail continue à produire des effets envers le premier employeur, toujours débiteur d'une partie des obligations. Il s'agit du cas particulier du

¹⁵⁶ Cass. soc. 31 mars 2010 pourvoi n°09-40849

¹⁵⁷ Cass. soc. 14 mai 2003 pourvoi n°01-40597

¹⁵⁸ Cass. soc. 24 juin 2009 pourvoi n°07-45245

¹⁵⁹ Cass. soc. 9 nov. 2005 pourvoi n°03-47188

¹⁶⁰ Cass. soc. 7 mai 2003 pourvoi n°01-41473

¹⁶¹ Cass. soc. 17 juin 2009 pourvoi n°08-42615

¹⁶² Cass. soc., 13 juin 2006 pourvoi n°04-44822, au visa de l'article 1134 du Code civil

¹⁶³ Cass. soc., 4 avr. 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 155

¹⁶⁴ Cass. soc., 17 mars 1998 pourvoi n°95-42100

¹⁶⁵ Cass. Soc., 31 mars 1998 pourvoi n° 95-43355

¹⁶⁶ C. trav art. L.1224-3

¹⁶⁷ Cette hypothèse rappelle l'application officieuse de la force obligatoire du contrat de travail dans les cas de mobilité intragroupe, voir infra n°69

transfert partiel du contrat de travail : un salarié ne travaille que partiellement pour l'activité transférée, et continue à exercer l'autre partie de ses fonctions au sein de l'entreprise d'origine. Le contrat de travail se trouve scindé et lie les deux employeurs pour des obligations différentes. Cette hypothèse, qui aurait dû être écartée en raison de l'affectation spéciale des salariés à l'ensemble organisé de personne constituant l'entité économique autonome, est courante concernant « les fonctions dites "support" ou relevant du "back office" susceptibles d'externalisation, telles que les professions comptables, juridiques, financières, informatiques ou administratives, la gestion des ressources humaines, le contrôle de gestion, le marketing »¹⁶⁸. Ainsi, le salarié qui occupe 40% de son temps de travail à l'activité transférée peut revendiquer un transfert partiel de son contrat¹⁶⁹. Cette solution soulève une difficulté pratique lorsqu'un contrat de travail se trouve « éclaté » en plusieurs contrats de travail à temps partiels, et le salarié se trouve obligé envers deux employeurs d'une obligation de loyauté qui peut se trouver fort compromise si les deux sociétés sont concurrentes. Afin de prévenir la schizophrénie contractuelle guettant le salarié, la Cour de cassation a affirmé que dès lors que le contrat de travail du salarié transféré « s'exécutait pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris, l'ensemble de son contrat de travail avait été transféré à cette société, alors même qu'il avait continué à exercer des tâches dans un secteur encore exploité par la société » initiale¹⁷⁰. L'ensemble du contrat de travail est transféré avec l'entité économique dans laquelle le salarié exerce l'essentiel de ses fonctions, charge au nouvel employeur, désormais débiteur de l'obligation contractuelle de fournir du travail, de compléter les tâches affectées au salarié.

- 78.** Selon certains auteurs¹⁷¹, le fait que le contrat de travail s'applique de plein droit au nouvel employeur sans que celui-ci ne puisse « prétendre être un tiers aux contrats conclus par le précédent employeur »¹⁷² s'attache « à neutraliser le dogme de l'effet relatif des contrats »¹⁷³. Le contrat n'est censé produire d'effets qu'entre les parties contractantes, rendre un tiers partie à un contrat auquel il n'a pas consenti lui fait produire des effets envers une personne autre qu'une partie. Le cessionnaire, qui n'a pas d'intérêt au contrat,

¹⁶⁸JCl. Travail Traité P. Morvan Fasc. 19-50

¹⁶⁹ Cass. soc., 2 mai 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 145

¹⁷⁰ Cass. soc., 30 mars 2010 : JurisData n° 2010-002950

¹⁷¹ JCl. Travail Traité P. Morvan Fasc. 19-50

¹⁷² Cass. soc., 13 juin 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 273

¹⁷³ B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail*, Arch. phil. Droit 41 1997 n°4

se trouve automatiquement lié à la date du transfert¹⁷⁴ par tous les contrats de travail composant l'entité reprise. L'article L 1224-1 du Code du travail a pour effet de rendre formellement un tiers partie à un contrat.

II. Le critère réel

79. Lorsque l'identification formelle de l'employeur n'est pas possible, les juges ont recours au critère réel. Le juge n'est pas tenu par la qualification des parties¹⁷⁵, s'il constate la réunion des critères définissant le contrat de travail entre deux personnes, il peut requalifier leur relation en tant que tel. Le fait qu'une partie se reconnaisse employeur tandis qu'une autre s'en exonère ne lie pas le juge, il ne s'agit que d'un indice¹⁷⁶. Le juge doit rechercher si celui qui se prétend employeur est le véritable détenteur du pouvoir de subordination sur le salarié. Grâce à son pouvoir de requalification, le juge peut interférer dans les relations des parties et suppléer (A) voire compléter (B) le critère formel concernant l'identification de l'employeur.

A) La recherche de l'employeur

80. Le pouvoir de requalification du juge permet de déceler un contrat de travail là où il ne semble pas y en avoir. Toutefois, cette hypothèse relève davantage de la subordination du contrat à la loi et ne présente pas d'intérêt ici. Le critère réel intervient également pour corriger une situation établie par le contrat formel, les juges vérifient si l'employeur identifié dans le contrat exerce effectivement le pouvoir de direction.

81. D'une part, il peut ne jamais l'avoir exercé. Il importe peu que l'employeur formel ait la charge ou non des salaires¹⁷⁷ et des charges sociales¹⁷⁸ : dès lors que le salarié se trouve placé à son égard dans une position de subordination, l'employeur formel est l'employeur réel. En revanche, si le recruteur est un intermédiaire qui n'exerce aucune prérogative sur le salarié, il ne peut être qualifié d'employeur et n'est pas partie au contrat de travail¹⁷⁹. Il s'agit de l'hypothèse des sociétés investies de la « fonction financière » ou de la « fonction relations humaines » au sein d'un groupe, et qui ne possèdent qu'un faible pouvoir

¹⁷⁴ CJCE, 14 nov. 1996, aff. C 305/94 : Rec. CJCE 1996, p. 5927, points 25 et 26

¹⁷⁵ Article 12 CPC : Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée

¹⁷⁶ Cass. Soc. 9 nov. 1978 pourvoi n° 77-13.723

¹⁷⁷ Cass. soc. 21 avril 1966, Bull. Civ. IV p.300 n°352

¹⁷⁸ Cass. soc. 5 mars 1981 pourvoi n°80-10.079

¹⁷⁹ Cass. soc. 7 mai 1986 : Bull. civ. V, n°196

administratif de gestion des effectifs. Ces sociétés ne sauraient être considérées comme l'employeur réel du salarié.¹⁸⁰

82. D'autre part, il peut l'avoir perdu. Une filiale peut détacher l'un de ses salariés auprès d'une autre filiale et de la société mère. En principe, l'entreprise utilisatrice n'en acquiert pas pour autant la qualité d'employeur¹⁸¹. « En revanche, si l'utilisateur des services du salarié assume la charge des salaires de ce dernier et exerce un pouvoir de direction autonome, il est permis d'admettre qu'il acquiert, à l'égard de l'intéressé, la qualité de commettant »¹⁸². Le premier contrat de travail est suspendu et ne retrouvera sa vigueur qu'à l'expiration de la mise à disposition¹⁸³. Un second contrat est qualifié par les juges entre le salarié et l'utilisateur de sa force de travail, employeur réel.

B) La recherche des employeurs

83. Constatant l'immixtion d'une société dans les rapports entre un salarié et son employeur, la Cour de cassation a pu déroger à l'effet relatif des contrats en rendant partie au contrat de travail une société tierce via le mécanisme du coemploi. Ayant pour effet (2) de porter atteinte au principe de droit commun de l'effet relatif du contrat, les conditions de qualification du coemploi s'appliquent (de plus en plus) strictement (1).

1- Les conditions de la qualification du coemploi

84. La Cour de cassation reconnaît différentes hypothèses de coemploi entre la Société mère et la filiale. Même s'il est principalement vécu à titre de sanction, le coemploi n'est pas toujours issu d'une faute de la société mère (b). Cependant, il peut, et doit selon certains auteurs, être le fruit d'une faute la société mère d'un point de vue du droit des sociétés (a).

a- Le coemploi fautif

85. *La confusion de patrimoines*. Lorsque deux sociétés ne présentent pas sur le plan patrimonial d'étanchéité en raison de l'imbrication de leurs masses d'actifs et de passifs¹⁸⁴ et de l'anormalité de leurs relations¹⁸⁵, la Cour de cassation prononce la confusion des

¹⁸⁰ Cass. soc. 19 dec. 1990 pourvoi n°87-43.704

¹⁸¹ Cass. soc. 15 juin 1960 : Bull. Civ. IV p.490 n°269

¹⁸² J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations Individuelles*, 3è ed. LexisNexis p.243

¹⁸³ Amiens, 26 avr.1978 JCP CI 1979, I, 7708, p.112, n°3, obs. B. Teyssié et R. Descotte

¹⁸⁴ Cass. com. 19 avril 2005 bull. civ. IV n°92

¹⁸⁵ Cass. com. 4 juillet 2000 pourvoi n°97-11116 : pour des transferts patrimoniaux effectués par action ou omission, transfert dépourvus de justification pour la société qui s'appauvrit et celle qui s'enrichit.

patrimoines. Cette notion est principalement utilisée en droit des sociétés, elle permet d'étendre la procédure collective aux deux patrimoines¹⁸⁶. En droit du travail, la Cour de cassation a jugé que la société qui a une activité identique à celle de l'employeur formel et dont le patrimoine se confond avec celui de l'employeur formel, est elle-même employeur des salariés que les deux sociétés mobilisent pour leurs activités communes.¹⁸⁷ Ces deux sociétés sont requalifiées en « un seul et unique employeur »¹⁴⁴. La formule de la Cour de cassation fait primer la réalité économique sur la réalité juridique¹⁸⁸. En effet, la confusion des patrimoines des deux sociétés n'entraîne pas la confusion de leurs personnalités morales, juridiquement il existe deux employeurs, ce n'est qu'économiquement qu'un seul patrimoine va être débiteur et créancier des obligations contractuelles.

86. La fictivité. Cette solution est retrouvée en matière de fictivité de la société filiale. Constatée lorsque les prétendus associés n'ont pas d'affectio societatis¹⁸⁹ et que la personne morale n'a pas d'activité distincte de celle du maître de l'affaire qui détient la société fictive¹⁹⁰, la fictivité de la société a longtemps entraîné sa nullité¹⁹¹. Depuis un arrêt du 10 novembre 2015¹⁹², la nullité de la Société ne peut plus être prononcée qu'en raison du caractère illicite ou contraire l'ordre public de l'objet de la société tel qu'il est décrit dans les statuts. La nullité de la société ne peut plus être prononcée en raison de sa fictivité. Ainsi, la réalité économique fait encore face à la réalité juridique : « la fictivité n'est pas tant une reconnaissance de plusieurs coemployeurs que celle d'un seul employeur en la personne du maître de l'affaire »¹⁹³, mais l'absence de nullité de la filiale entraîne la reconnaissance de deux employeurs juridiquement distincts. En droit du travail, il existe un arrêt ambigu prononçant le coemploi en cas de fictivité¹⁹⁴, cependant la voie de la

¹⁸⁶ C.com art. L.621-2

¹⁸⁷ Cass. soc. 8 juin 2011 pourvoi n°09-41019

¹⁸⁸ B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail*, Arch. Phil. Droit 41, 1997, n°21 : « Ainsi encore, lorsqu'un salarié recruté par une société travaille en fait pour plusieurs en raison de la confusion de leurs activités (parfois aggravée par celle des locaux, l'utilisation indifférenciée du papier à en-tête de l'une ou de l'autre, la présence des mêmes personnes en qualité d'administrateur...) les juges n'hésitent pas à admettre qu'elles ont toutes la qualité d'employeur. Les frontières tracées par le droit des sociétés s'estompent. La réalité (économique, sociale...) triomphe. Le « groupe employeur », en filigrane, apparaît. »

¹⁸⁹ Cass. com. 3 novembre 2004 pourvoi n°03-11974

¹⁹⁰ Cass. com. 11 mai 1993 pouvoir n°91-10919

¹⁹¹ Cass. com. 22 juin 1999 bull. civ. IV, n°136

¹⁹² Cass. com. 10 novembre 2015 pourvoi n°14-18179

¹⁹³ Y. Pagnerre, *De la fictivité comme critère du coemploi* : "certes mais pas que..." , RDT 2016 p.176, Adde. G. Auzero, *Co-emploi : en finir avec les approximations !* RDT 2016 p.27

¹⁹⁴ Cass. soc., 10 janvier 2011 pourvoi n°09-69743 : « la société, depuis sa liquidation, n'avait plus d'activité, que Mme Z..., assurant la direction effective du salon de coiffure, se comportait comme l'employeur de Mme X... »

reconnaissance du coemploi en raison de la fictivité est étroite. Selon certains auteurs¹⁹⁵, la fictivité de la société fille devrait être la seule justification possible du coemploi avec la société mère en raison de l'abus de personnalité morale. Cependant, le contentieux principal relatif au coemploi aujourd'hui tient à l'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale.

b- Le coemploi non fautif

87. Il en existe de deux sortes : le coemploi dit juridique (i) et le coemploi dit économique (ii).

i- Le coemploi juridique

88. *L'immixtion individuelle.* Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a reconnu qu'un coemploi qualifié communément de juridique lorsque la société tierce s'impliquait dans les relations individuelles des parties au point d'en exercer le pouvoir de subordination. Le salarié doit prouver que le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction est exercé par deux entreprises¹⁹⁶. Cette situation se constate notamment en cas de mises à disposition d'un salarié au profit d'une autre entreprise du groupe, qui exerce de fait un pouvoir de sanction conjoint avec l'employeur initial. L'intrusion dans le lien de subordination provoque un coemploi.

ii- Le coemploi économique

89. *L'immixtion collective.* Par la suite, la Cour de cassation a étendu son raisonnement afin de condamner les ingénieries sociales consistant dans la filialisation d'une activité que la société mère souhaite cesser. S'il existe « entre des entreprises distinctes une confusion des intérêts, des activités et de la direction »¹⁹⁷, ces entreprises sont coemployeurs des salariés¹⁹⁸. L'immixtion dans les rapports de travail est abordée de manière globale, sans qu'il ne soit nécessaire de constater l'existence d'un lien de subordination entre la société coemployeur et les salariés¹⁹⁹. Le coemployeur s'inscrit dans une relation individuelle qui a déjà été établie, la preuve de l'existence du contrat de travail n'est plus à faire, seule l'immixtion de la société mère dans cette relation est à prouver²⁰⁰. Reste que la qualification de cette immixtion est collective, elle s'apprécie en principe au regard de

¹⁹⁵ G. Auzero, *Co-emploi : en finir avec les approximations !*, RDT 2016 p.27

¹⁹⁶ Cass. soc. 5 mai 1986 pourvoi n°84-43665

¹⁹⁷ Rapp. C. Cass 2011 p.455

¹⁹⁸ Sur l'affaire Jugheinrich : Cass. Soc. 30 nov. 2011 pourvoi n°10-22964

¹⁹⁹ Cass. soc. 12 sept. 2012 n°11-12351

²⁰⁰ Y. Pagnerre, *De la fictivité comme critère du coemploi : "certes mais pas que..."*, RDT 2016 p.176

l'ensemble des salariés et non au regard des individus pris personnellement, ce qui est paradoxal par rapport à la définition du contrat de travail.

90. *Immixtion commerciale.* La confusion d'intérêt résulte de l'appartenance à un même groupe, de la dépendance capitaliste qui en découle ; la mère doit détenir plus de deux tiers du capital social afin d'éviter toute minorité de blocage²⁰¹. La confusion d'activité résulte d'une interdépendance des activités et d'une dépendance économique de la filiale qui ne dispose pas d'une solution économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec l'entreprise²⁰². La confusion d'intérêt et la confusion d'activité se constatent aisément dans des rapports de groupe de société. Aussi, la confusion de direction est le critère décisif de reconnaissance d'un coemploi.

91. *Immixtion sociale.* Elle a longtemps fait l'objet d'une définition extensive par la Cour de cassation : une confusion de dirigeants²⁰³ et une confusion des décisions²⁰⁴ suffisaient. Cette définition menant trop souvent à la qualification du coemploi, la Cour de cassation a reviré sa jurisprudence par son arrêt du 2 juillet 2014 ("Molex")²⁰⁵. Elle y conserve les trois critères de qualification du coemploi : la confusion d'intérêts, d'activité et de direction ; mais elle interprète de manière restrictive le critère de confusion de direction qui réside désormais dans l'immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale, sans que cela ne soit justifié par la « coordination des actions économiques » et « l'état de domination économique », inévitables au sein du groupe. Tout l'apport de cet arrêt est de permettre à la société mère de se comporter comme telle sans risquer d'être coemployeur. La chambre sociale s'aligne ainsi à la chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle la notion de groupe implique nécessairement « un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une décision commune impulsée par la société mère »²⁰⁶. N'apporte plus la preuve d'un coemploi le fait que les dirigeants des sociétés soient communs²⁰⁷. N'apporte pas non plus la preuve d'un coemploi le fait que la société mère ait

²⁰¹ Cass. soc., 18 janv. 2011, n°09-69199 : Pour la détention par la société mère de 80% du capital social de la société ; Cass. soc., 20 févr. 2013, n°11-19305 : pour la détention directe ou indirecte de la totalité du capital social.

²⁰² Cass. com. 12 février 2013 pourvoi n°12-13603

²⁰³ Pour l'existence de dirigeants communs : Cass. Soc. 12 sept. 2012 n°11-12351

²⁰⁴ Cass. soc. 16 mai 2013 pourvoi n°11-25.711 : la preuve d'une gestion commune du personnel des sociétés

²⁰⁵ Cass. soc. 2 juillet 2014 pourvoi n° 13-15.208, G. Loiseau, *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle*, JCP S 2014 p.1311

²⁰⁶ Cass. com. 19 nov. 2013 pourvoi n° 12-28.367 ; S. Béal Et C. Terrenoir, *Coemploi et groupes de sociétés : des liaisons apaisées ?*, JCP E 2015 p.1105

²⁰⁷ Cass. soc. 18 février 2015 pourvoi n°13-22.595 ; Cass. Soc. 9 juin 2015 pourvoi n°13-26.558

pris le contrôle de la filiale dans le but de sa réorganisation, à laquelle elle s'est employée jusqu'à ce qu'elle décide de cesser tout financement, la conduisant à la liquidation judiciaire²⁰⁸. La Cour de cassation semble revenir complètement sur sa jurisprudence concernant l'immixtion objective de la société mère dans la gestion de sa filiale.

92. De manière plus surprenante, la chambre sociale de la Cour de cassation nie le coemploi alors même que l'immixtion de la société mère dans la gestion de la filiale est individuelle. Un arrêt du 10 décembre 2015 fait état de dirigeants de la société mère ayant eux-mêmes procédé à la recherche des postes de reclassement préalablement au licenciement économique, et les ayant proposés aux salariés de sa filiale après s'être eux-mêmes entretenus avec eux ; alors que seule la société qui emploie les salariés (ici, la filiale) est débitrice d'une telle obligation¹³⁰. La Cour de cassation répond que, hors d'état de subordination entre les salariés de la filiale et la société mère, cela ne peut suffire à caractériser le coemploi. Une telle solution pourrait contredire les décisions des autres chambres de la Cour de cassation qui jugent qu'une immixtion dans l'exécution individuelle d'un contrat peut créer une apparence douteuse de nature à laisser légitimement penser aux cocontractants de la filiale que la société mère était leur partenaire contractuel²⁰⁹. La chambre sociale de la Cour de cassation semble avoir cédé aux détracteurs du coemploi pour n'en laisser subsister qu'une définition négative. Ce revirement se comprend tout à fait aisément au regard des effets du coemploi : créant une exception à l'effet relatif des contrats, il doit être interprété de manière restrictive.

2- Les effets de la qualification du coemploi

93. Dès lors qu'il s'agit du critère réel, la nature contractuelle (a) de la relation entre le coemployeur et le salarié ne peut se déduire que de la qualification du coemploi, ce qui justifie que cette partie soit étudiée dans une partie consacrée aux effets. Restent à étudier les effets de cette nature contractuelle (b).

a- Le coemployeur, partie au contrat de travail

²⁰⁸ Cass. soc. 10 décembre 2015, pourvoi n°14-19.316

²⁰⁹ Cass. ass. plen. pourvoi n°06-11.056 ; Y. Pagnerre, *Coemployeur, tiers ou partie au contrat de travail*, JCP S 2015 p.1436.

94. *L'employeur non contractuel.* Le salarié est lié par un contrat de travail unique¹⁵³ à deux employeurs parties au contrat. Ce principe ne pose pas de difficulté lorsque le coemploi est issu d'un double lien de subordination. Le contrat de travail étant essentiellement défini par ce rapport de subordination, celui qui l'exerce en devient partie. La qualité de partie du coemployeur fait en revanche débat lorsqu'il s'agit d'un coemploi dit économique. Cette qualification ne requérant aucun lien de subordination entre le coemployeur et le salarié²¹⁰, la définition du contrat de travail est mise à mal. L'absence de lien de subordination manifesterait l'absence d'intention d'être partie au contrat de travail²¹¹, or la qualité de partie au contrat résulterait « nécessairement d'une adhésion au contrat »²¹². La logique de la Cour de cassation ne serait qu'indemnitaire : sans vouloir rendre le coemployeur partie au contrat de travail²¹³, elle souhaiterait le rendre débiteur du salarié qui se trouve licencié en raison de son immixtion dans la gestion économique de sa filiale. Certains auteurs y voyaient donc davantage un « employeur de fait » ou un « employeur non-contractuel »²¹⁴.

95. *L'employeur contractuel.* Cependant, si la qualité ne s'acquiert que volontairement, il faut garder à l'esprit que la volonté exprimée (ou non) par les parties ne correspond pas toujours à leur volonté réelle. Le juge est apte à constater une relation contractuelle entre des parties indépendamment de la qualification qu'elles donnent à cette relation. Ainsi, l'immixtion de la société mère dans les relations entre sa filiale et ses salariés « confère à son auteur la qualité de partie au contrat »²¹⁵ dès lors qu'elle est de nature à créer une apparence trompeuse propre à permettre aux cocontractants de croire légitimement que la société mère était leur partenaire contractuelle²¹⁶. Le coemploi ne se distinguerait pas de cette hypothèse d'immixtion, le coemployeur est lié avec le salarié par un contrat de travail unique²¹⁷. L'expression « d'employeur non-contractuel » a donc pu être qualifiée d'oxymore²¹⁸. La reconnaissance du coemploi fait du contrat de travail une relation tripartite. La Cour de cassation a toutefois provoqué un malaise en qualifiant de coemployeur la société mère qui ne s'impliquait pas dans les relations individuelles de

²¹⁰ Cass. soc., 28 sept. 2011 pourvoi n°10-12278

²¹¹ J-F Cesaro, *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique*, JCP S 2013 p.1081

²¹² G. Loiseau, *Le coemploi : une compétence réservée au juge judiciaire ?*, JCP S 2015 p.1414

²¹³ Ce qui le rendrait, selon certains auteurs (J-F Cesaro, *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique*, JCP S 2013 p.1081) nécessairement créancier.

²¹⁴ G. Loiseau, *Le coemploi : une compétence réservée au juge judiciaire ?*, JCP S 2015 p.1414

²¹⁵ Y. Pagnerre, *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail*, JCP S 2015 p.1436 citant B. Fages « *Droit des contrats* », Lamy, 2015, n°305-7.

²¹⁶ Cass. ass. plen. 6 oct. 2006 pourvoi n° 06-11056

²¹⁷ Y. Pagnerre, *Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail*, JCP S 2015 p.1436

²¹⁸ Ibid.

travail, ce qui explique la volonté des auteurs de chercher une justification au fait que le coemployeur soit débiteur contractuel sans pour autant qu'il ne soit titulaire des prérogatives patronales. En ce sens, la nouvelle définition plus restrictive du coemploi semble bienvenue et plus respectueuse de la notion de contrat de travail.

b- Le coemployeur, débiteur des obligations contractuelles

96. *Le coemployeur débiteur solidaire.* La reconnaissance du coemploi a pour principal effet de rendre le coemployeur débiteur solidaire des obligations contractuelles. Lorsque le licenciement du salarié est prononcé par l'un des coemployeurs²¹⁹, chacun d'eux est tenu d'une obligation de reclassement sous peine de se voir condamné à des dommages et intérêts²²⁰. Le salarié est lié par un contrat de travail unique¹⁵³ à deux employeurs : il fait partie des effectifs des deux sociétés²²¹ et bénéficie des conventions et accords collectifs des deux entreprises²²². Le coemployeur n'est toutefois pas pleinement tenu par la force obligatoire du contrat : lorsque que le coemploi est prononcé à titre de sanction, « la qualité de débiteurs solidaires du créancier ne leur confère pas la qualité de créanciers solidaires »²²³. La solidarité n'est que passive.

97. *Le renouveau de la solidarité du coemployeur.* La solidarité passive se justifie par la logique indemnitaire de la Cour de cassation²²⁴. Le recours à la responsabilité contractuelle semblait naturel car découlant de la nature contractuelle du coemployeur. Cependant, face au débat que provoque cette affirmation, certains proposaient le recours à la responsabilité civile délictuelle²²⁵. Ce que la Cour de cassation n'a pas manqué de faire après avoir fortement restreint la définition du coemploi²²⁶. Le recours au mécanisme de la responsabilité civile délictuelle de la société mère permet de donner un débiteur solvable au salarié licencié du fait de la société mère et s'adapte à sa logique indemnitaire. La

²¹⁹ Le principe de la solidarité a pour corollaire le principe de la représentation mutuelle. Les débiteurs sont censés s'être donnés mutuellement mandat d'agir au nom des autres dans leurs relations avec les créanciers. Si un des employeurs prononce le licenciement du salarié et met fin au contrat de travail unique qui les lie, le licenciement est réputé prononcé par tous les coemployeurs Cass. Soc., 1 juin 2004 pourvoi n°01-47165. La Cour de cassation a cependant jugé, à tort, qu'en cas de coemploi et de nécessité de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, les deux sociétés coemployeurs devaient chacune mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi pour les mêmes salariés licenciés (Cass. soc., 22 juin 2011 n°09-69021).

²²⁰ Cass. soc., 1 juin 2004 pourvoi n°01-47165

²²¹ Cass. soc., 10 juin 1997 pourvoi n°94-44275

²²² Pour un démonstrateur de grands magasins : Cass. Soc., 19 janvier 1999 bull. civ. V, n°35

²²³ Cass. soc., 24 juin 1998 pourvoi n°96-41993

²²⁴ J-F Cesaro, *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique*, JCP S 2013 p.1081

²²⁵ Pour une étude prémonitoire de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2014 n°13-15573 : J-F Cesaro, *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique*, JCP S 2013 p.1081.

²²⁶ Cass. soc., 8 juillet 2014 pourvoi n°13-15573

société mère qui a commis une « faute et légèreté blâmable » ayant « concouru à la déconfiture de l'entreprise » et qui a causé de ce fait un préjudice aux salariés licenciés, engage sa responsabilité. Sa responsabilité n'est plus engagée chaque fois que le licenciement est irrégulier, mais seulement lorsqu'elle a commis une faute dans sa prise de décision stratégique pour le groupe qui a conduit à ces licenciements. L'indemnisation des salariés n'est pas pour autant amoindrie puisqu'ils recevront des dommages-intérêts correspondant à leur entier préjudice et il est possible que les juges apprécient ce préjudice au regard de ce qu'ils auraient dû percevoir en application des dispositions du Code du travail. Cependant, il est à noter qu'en l'absence de contrat de travail, le juge compétent au principal ne sera plus le Conseil de Prud'hommes. La restriction de la notion de coemploi économique n'a donc pas sonné le glas de la responsabilité de la société mère envers les salariés licenciés, elle en a simplement fait un tiers au contrat de travail.

§2. L'identification des tiers

98. Par le biais des mécanismes de mise à disposition, le tiers au contrat de travail (I) peut être en réalité partie à la relation de travail (II).

I. Le tiers au contrat de travail

99. *Le chef d'entreprise non employeur.* Une entreprise peut avoir dans ses effectifs des salariés dont elle n'est pas l'employeur. Que ce recours soit direct ou indirect, aucun contrat de travail n'est signé avec le salarié. D'abord, le recours direct a pour origine un prêt de main d'œuvre à but non lucratif²²⁷, ou lucratif si la société qui l'opère respecte une stricte législation²²⁸. Les salariés sont mis à disposition de l'entreprise utilisatrice par le biais d'une convention signée avec leur employeur dont l'objet principale est l'utilisation de la force de travail du salarié et qui en définit les modalités²²⁹. Cette convention ne fait pas du tiers utilisateur une partie au contrat de travail, de même que la signature par le

²²⁷ C. trav. art., L.8241-2

²²⁸ C. trav. art., L.8241-1 qui n'admet le recours à un prêt de main d'œuvre à but lucratif que dans le cadre des dispositions relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et d'autres entreprises qui ne nous intéressent pas ici.

²²⁹ C. trav. art., L.8241-2 2° : « Une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l'identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse ».

salarié d'un avenant au contrat de travail initial²³⁰ ou d'un contrat de mission prévoyant spécialement la mobilité du salarié au sein de l'entreprise utilisatrice²³¹. Le lien contractuel du salarié avec son employeur n'est pas rompu²³² et le salarié n'a pas vocation à signer un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice. Ensuite, l'entreprise utilisatrice recourt indirectement à la force de travail de salariés lorsqu'elle conclut avec leur employeur une convention n'ayant pas pour objet leur mise à disposition. Il s'agit d'un prêt de main d'œuvre non exclusif à but lucratif, généralement constatés dans les opérations de sous-traitance. Le maître d'ouvrage contracte avec l'entrepreneur qui exerce sa prestation au sein de l'entreprise du maître d'ouvrage avec ses propres salariés. « Le personnel qui travaille sur le site pour le compte de l'entreprise sous-traitante n'est ni détaché dans l'entreprise principale, ni prêté à celle-ci »²³³. Le maître d'ouvrage n'est pas partie au contrat de travail.

100. *Le chef d'entreprise débiteur solidaire.* Pour autant, le tiers utilisateur peut devenir débiteur solidaire de certaines obligations contractuelles. Dans l'hypothèse d'un contrat d'entreprise, si les travaux sont réalisés au sein des locaux de l'entreprise utilisatrice, le maître d'ouvrage est « substitué »²³⁴ à l'entrepreneur pour le paiement des salaires et des congés payés de ses salariés. Cette substitution pourrait laisser penser que l'utilisateur est tenu par la force obligatoire du contrat de travail. En réalité, il ne s'agit que d'un mécanisme de sûreté, au même titre que la caution solidaire avec le véritable débiteur des obligations contractuelles. Le tiers ne devient donc pas partie au contrat de travail, quand bien même les salariés qu'il utilise fassent partie de sa communauté de travail.

II. Le tiers partie à la relation de travail

²³⁰ C. trav. art., L 8241-2 3° « Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail ».

²³¹ C. trav. art., L. 1251-16

²³² Cass. soc., 27 janv. 2010 pourvoi n°08-45579 cité par A. Mazeaud, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société*, Dr. soc. 2010 p.738

²³³ B. Boubli, *Le recours à la main d'œuvre extérieure*, Dr soc. 2009 p.806

²³⁴ C. trav. art., L.8232-2

101. La communauté non contractuelle de travail. Les salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice ont vocation à faire partie de ses effectifs²³⁵ dès lors qu'ils y ont une ancienneté d'un an. Cette prise en compte s'applique également aux salariés des entreprises sous-traitantes qui sont « intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail »²³⁶. En principe, l'appartenance à la communauté de travail est justifiée par le lien contractuel direct entre l'employeur et le salarié qui est de ce fait intégré dans l'entreprise. En matière de mise à disposition et de détachement, le contrat de travail est un prérequis à l'appartenance du salarié à l'entreprise d'origine mais également à la mise à disposition²³⁷ qui est subordonnée à la conclusion d'un contrat de travail avec cette entreprise. Le système est inversé puisque le salarié n'est pas intégré dans l'entreprise avec laquelle il a signé un contrat de travail. Reste que l'entreprise utilisatrice doit le traiter de la même manière qu'elle traite ses propres salariés²³⁸, et les salariés mis à disposition doivent respecter pour partie le règlement intérieur applicable dans l'entreprise utilisatrice²³⁹. L'entreprise utilisatrice a un pouvoir de direction²⁴⁰ sur les salariés mis à sa disposition²⁴¹ qui ne se confond pas avec le pouvoir de subordination de l'employeur, faute pour elle de pouvoir les sanctionner. Le développement des relations de travail inter-entreprises vient bousculer le schéma habituel de la relation de travail et de la communauté de travail, qui s'organise selon un schéma vertical basé sur l'existence d'un contrat de travail²⁴². Cela porte à s'interroger sur le rayonnement du contrat de travail, et sur son expansion au-delà de la sphère contractuelle à l'image des relations de travail.

Sous-section II : Le rayonnement de la force obligatoire du contrat de travail

²³⁵ C. trav. art., L.1111-2

²³⁶ Cons. const. 28 dec. 2006 n°2006-545 DC, cité par B. Boubli, *Le recours à la main d'œuvre extérieure*, Dr. soc. 2009 p.806

²³⁷ JCP S *Pas de mise à disposition d'une filiale d'un salarié sans lien de droit avec la société mère* 2014 p. 428 sous Cass. Soc., 28 oct. 2015 n°14-16299

²³⁸ Sur l'égalité de traitement en matière de salaire : Cass. Soc. 16 février 2012 pourvoi n° 10-21.864

²³⁹ [Cass. soc., 17 oct. 1985, pourvoi n° 83-41.089](#)

²⁴⁰ D. Chatard, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, LexisNexis 2013 p.34

²⁴¹ Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une prestation de service, seul l'employeur des salariés garde le pouvoir de direction.

²⁴² D. Chatard, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, LexisNexis 2013 p.21

102. « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »²⁴³. Le contrat ne peut pas être invoqué par des tiers ni contre des tiers (§1). Cela ne signifie pas que les tiers doivent ignorer son existence. Le contrat est un fait juridique pour les tiers qui ne peuvent lui porter atteinte et auxquels il ne doit pas porter atteinte. L'existence du contrat peut donc être opposée aux tiers qui entraveraient son exécution, et être opposée par les tiers aux parties dans le cas où elles leur causeraient un préjudice (§2).

§1. L'invocabilité du contrat de travail

103. Le régime de l'invocabilité du contrat se déduit de l'article 1165 du Code civil. En principe, l'effet relatif du contrat veut qu'il ne puisse pas être invoqué par ni contre les tiers qui échappent à la force obligatoire du contrat. Il ne doit pas nuire aux tiers (I), ni leur profiter (II).

I. Nuire aux tiers

104. Principe. Le contrat ne peut créer des obligations à la charge d'un tiers²⁴⁴, l'employeur et le salarié ne peuvent pas invoquer contre lui le contrat qui les lie. Les tiers ne peuvent pas se voir contraints d'exécuter le contrat.²⁴⁵ Un salarié ne peut pas demander à une personne n'étant pas son employeur le paiement de ses indemnités de repas²⁴⁶. Le contrat ne peut pas non plus réduire les droits des tiers : un salarié ne peut invoquer son contrat de travail pour éviter d'accomplir ses obligations à l'égard des tiers. Ainsi, une clause insérée dans le contrat de diffusion conclu entre le diffuseur et l'intermédiaire prévoyant que ce dernier est seul responsable vis-à-vis des tiers annonceurs concernant la parution dans les revues est inopposable à ces derniers²⁴⁷.

105. Exception. Cependant, le développement du prêt de main d'œuvre bouleverse le schéma habituel des relations contractuelles entre salarié et employeur. Le contrat de travail peut avoir des effets sur les tiers parties à la relation de travail, qui ne sont pourtant pas

²⁴³ C. civ. art.,1165, Article 1199 à compter du 1^{er} octobre 2016 : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du Chapitre III du titre IV. » Cet article reprend en substance l'actuel article 1165 du Code civil, avec des termes plus explicites.

²⁴⁴ JCl. Civil Code, Art 1165 S. Becqué-Ickowicz Fasc.10

²⁴⁵ Futur article 1199 préc.

²⁴⁶ Cass. soc. 3 mai 2012, pourvoi n° 10-23.825

²⁴⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 10, 16 mai 2012, pourvoi n° 10/19883 : JurisData n° 2012-011088

débiteurs d'obligations contractuelles. Par le biais d'un mécanisme de garantie légale²⁴⁸, les salariés peuvent agir²⁴⁹ contre le chef de l'entreprise utilisatrice qui fait exécuter des travaux en son sein par un sous-traitant pour le paiement de leurs salaires, si le sous-traitant est défaillant. Les salariés invoquent leurs contrats de travail contre le chef de l'entreprise utilisatrice, débiteur mais tiers au contrat.

II. Profiter aux tiers

106. Principe. L'effet relatif du contrat empêche également les tiers de se prévaloir d'une créance née du contrat. Un tiers ne peut pas demander l'exécution du contrat²⁵⁰ aux cocontractants, ni invoquer une clause du contrat auquel il n'est pas partie pour en bénéficier, ni même demander la disparition du contrat²⁵¹. En-dehors des hypothèses de nullité absolue qui permettent à tous les intéressés d'agir en nullité du contrat, seules les parties au contrat peuvent demander sa nullité ou sa résolution. Un tiers ne peut intervenir dans la relation contractuelle pour qu'il y soit mis fin.

107. Exception. La Cour de cassation a cependant admis qu'un salarié pouvait se prévaloir d'un pacte d'actionnaire pour bénéficier d'une procédure spéciale de licenciement qu'il prévoyait²⁵². Le salarié étant tiers au pacte d'actionnaire, il ne devrait pas pouvoir s'en prévaloir. Cette hypothèse relève cependant davantage du droit des sociétés que de la force obligatoire du contrat de travail et ne sera pas développée ici.

§2. L'opposabilité du contrat de travail

108. Dire que la force obligatoire du contrat ne vaut qu'entre les parties ne revient pas à dire que le contrat n'existe que pour les parties. Il faut bien distinguer l'essence du contrat qui est d'être une norme pour ses créateurs, et l'existence du contrat qui est un fait pour tous, il est opposable. Les tiers ne peuvent l'ignorer (I), et peuvent même l'opposer aux parties (II).

I. L'opposabilité du contrat aux tiers

²⁴⁸ C. trav. art., L. 8232-2 prévoyant la substitution du chef d'entreprise au sous-traitant pour le paiement des salaires, voir supra n°60

²⁴⁹ C. trav. art., L.8232-3 prévoyant l'action des salariés lésés

²⁵⁰ Futur article 1199 prec.

²⁵¹ JCl. Civil Code, Art 1165 S. Becqué-Ickowicz Fasc.10

²⁵² Cass. soc., 18 mars 2009 pourvoi n° 07-45212

109. Principe de droit commun. « L'opposabilité du contrat aux tiers n'est pas une exception au principe de l'effet relatif. Il n'y aura de véritable exception qu'en cas d'extension de l'effet obligatoire du contrat à un tiers »²⁵³. Le tiers n'est pas lié par l'effet obligatoire du contrat de travail, il n'est lié que par son existence. Il ne doit pas porter atteinte à la substance du contrat. « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat »²⁵⁴. Un tiers qui causerait un préjudice au cocontractant en empêchant la bonne exécution du contrat ou en se rendant complice de sa mauvaise exécution verrait sa responsabilité civile délictuelle engagée. Les conditions pour engager la responsabilité du tiers répondent aux conditions de droit commun de la responsabilité civile délictuelle : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage²⁵⁵. La faute du tiers consiste à avoir entravé l'exécution du contrat. Il peut avoir conclu avec lui un second contrat contraire au premier, en connaissance de cause. Il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu que le contrat soit inexécuté, « il faut qu'il ait connu l'existence du précédent contrat, et donc qu'il sache que son attitude va causer un dommage à l'un des cocontractants »²⁵⁶. Le cocontractant subissant l'inexécution doit prouver que son dommage a été causé par l'attitude du tiers. Il est possible que le dommage soit causé exclusivement par l'attitude du tiers, et qu'il soit impossible d'engager en parallèle une action contre l'autre partie²⁵⁷. L'action en responsabilité donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts au cocontractant lésé. Le tiers n'est pas condamné au titre du respect des obligations créées par le contrat que seules les parties doivent exécuter, le tiers est condamné au titre du respect de l'existence du contrat lui-même. Il ne peut donc pas se prévaloir de l'effet relatif de la norme pour s'exonérer de sa responsabilité.

110. Applications en droit du travail. Le droit du travail fait une parfaite application de l'opposabilité des contrats aux tiers. Les tiers majoritairement visés sont les entreprises. Malgré sa liberté contractuelle, une entreprise peut être limitée dans son droit d'embaucher un salarié s'il a déjà conclu un autre contrat de travail avec une autre entreprise. Le premier contrat de travail est opposable aux autres entreprises qui engagent leurs responsabilités si elles concourent à sa violation par le salarié. Ainsi, l'entreprise qui incite un salarié à

²⁵³ JCl. Civil Code, Art 1165 S. Becqué-Ickowicz Fasc.10

²⁵⁴ Article 1200 du Code civil applicable à compter du 1^{er} octobre 2016

²⁵⁵ Article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

²⁵⁶ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 2^e ed PUF, p. 507

²⁵⁷ Cass. civ. 1^{ere}, 17 oct. 2000 pourvoi n° 97-22498

rompre illégalement²⁵⁸ son contrat de travail à durée déterminée pour travailler à son service à des conditions plus avantageuses engage sa responsabilité²⁵⁹. Cette jurisprudence a fait l'objet d'une confirmation par l'article L. 1237-3 du Code du travail qui condamne le nouvel employeur d'un salarié ayant abusivement rompu son contrat de travail s'il est intervenu dans la rupture, s'il l'a engagé alors qu'il le savait lié par un autre contrat de travail, ou s'il l'a engagé après avoir appris qu'il était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. L'entreprise qui a connaissance de l'existence d'un contrat de travail entre un salarié et son employeur doit respecter ce contrat.

111. Elle doit notamment respecter les clauses d'exclusivité et de non concurrence qui y sont stipulées. Elles ont pour but d'empêcher le salarié d'exercer auprès d'une autre entreprise une activité concurrente à celle qu'il exerce au sein de l'entreprise employeur. La clause d'exclusivité s'applique pendant l'exécution du contrat tandis que la clause de non-concurrence s'applique à l'issue du contrat. Dans le premier cas il s'agit de restreindre le droit du salarié de cumuler deux emplois de nature identique, et dans le second cas il s'agit de restreindre le droit du salarié de chercher un emploi de nature identique à celui qu'il exerçait au sein de la précédente entreprise. L'entreprise qui embauche un salarié en dépit du fait qu'il soit lié par ces clauses engage sa responsabilité²⁶⁰. L'action en responsabilité contractuelle contre le salarié n'est pas exclusive de l'action en responsabilité délictuelle contre l'entreprise²⁶¹.

112. En outre, il existe une interdiction légale de recourir à un salarié qui serait déjà lié par un contrat de travail, dans l'hypothèse où le cumul de ses deux contrats le conduirait à travailler au-delà de la durée maximale de travail²⁶²²⁶³. Ce mécanisme rappelle celui de l'opposabilité du contrat de travail : l'entreprise tierce peut se voir opposer l'existence d'un contrat de travail qui limiterait sa possibilité de recourir à un salarié. Toutefois, ce n'est pas la violation du contrat qui est opposée mais la violation d'une norme légale protectrice du salarié. Cette violation n'est pas causée par la conclusion du second contrat mais par le cumul des deux contrats entraînant le dépassement de la durée maximale²⁶⁴. Il revient par

²⁵⁸ Le contrat de travail à durée déterminée ne peut faire l'objet d'une rupture avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié que si celui-ci justifie de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, C. trav. art., L. 1243-2

²⁵⁹ Cass. com., 20 juin 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 198

²⁶⁰ Cass. com., 24 mars 1998 pourvoi n°96-15694

²⁶¹ Cass. soc., 7 juil. 2004 pourvoi n° 99-45.771

²⁶² C. trav. art., L. 3121-35 qui prévoit une durée maximale de 48 heures par semaine.

²⁶³ C. trav. art., L. 8261-1 et L.8261-2

²⁶⁴ Cass. soc., 13 mai 1992 pourvoi n° 91-40734

la suite aux employeurs de mettre en demeure le salarié de choisir l'emploi qu'il souhaite conserver²⁶⁵. La responsabilité civile délictuelle du second employeur n'est pour autant pas engagée car il n'a commis aucune faute entraînant la violation d'un contrat de travail. Il n'est pas fait application du mécanisme de l'opposabilité du contrat aux tiers.

II. L'opposabilité du contrat par les tiers

113. Les tiers ne doivent pas causer l'inexécution du contrat. L'inexécution du contrat ne doit pas causer un préjudice aux tiers. Eu égard à l'interdépendance des relations sociales, le contrat peut avoir des effets envers des tiers. Ces effets peuvent avoir pour cause un fait (A) consistant dans l'exercice des droits des parties, ou un droit (B) consistant dans la création de droit par les parties. Les tiers au contrat ne devraient pas être affectés par l'existence du contrat. C'est pourquoi la jurisprudence leur a ouvert la possibilité d'opposer aux parties leur propre contrat.

A) L'opposabilité d'un fait

114. *Principe de droit commun.* La Cour de cassation admet qu'un tiers puisse se prévaloir de la responsabilité contractuelle d'une partie si la faute qu'elle a commise dans l'exécution de son contrat lui a également causé un préjudice. Dans un premier temps, certaines chambres de la Cour de cassation ont considéré que l'inexécution d'un contrat ne pouvait engager la responsabilité délictuelle d'une des parties envers un tiers que si cette « inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui »²⁶⁶. La Cour de cassation statuant en assemblée plénière, confirmant la solution de la première chambre civile²⁶⁷, a statué dans le sens de l'identité des fautes contractuelles et délictuelles²⁶⁸ : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Cette responsabilité répond au régime de droit commun de la responsabilité délictuelle²⁶⁹, étant précisé que la faute contractuelle va caractériser la faute délictuelle si elle est le fait générateur d'un préjudice. Le tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution par une partie du contrat peut opposer ce contrat à cette partie afin de voir sa responsabilité engagée et son préjudice réparé.

²⁶⁵ Cass. soc., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-43985

²⁶⁶ Cass. com., 5 avril 2005 pourvoi n°03-19370

²⁶⁷ Cass. civ 1ere., 13 fevr. 2001 pourvoi n°99-13589

²⁶⁸ Cass. Ass. Plen. 6 oct. 2006 pourvoi n°05-13255

²⁶⁹ Voir supra n°109

- 115.** Cette opposabilité a pu être critiquée comme étant contraire au principe de l'effet relatif des contrats, car elle permet au tiers de bénéficier d'une prestation pour laquelle il n'a rien fourni²⁷⁰. Cependant le tiers ne bénéficie pas tant d'une prestation contractuelle que de la réparation de son préjudice causé par l'existence du contrat. En ce sens, l'opposabilité du contrat aux parties par les tiers n'est pas une exception au principe de l'effet relatif des contrats : le tiers n'est pas tenu de la force obligatoire du contrat (bien qu'il l'invoque), il constate simplement un fait juridique lui causant un dommage dont il veut obtenir réparation. La seule identité des fautes contractuelles et délictuelles ne remet pas en cause l'application du principe de l'effet relatif des contrats.
- 116. *Applications en droit du travail.*** En droit du travail, la responsabilité civile délictuelle de l'employeur peut être engagée à l'égard d'un tiers si sa mauvaise exécution du contrat de travail lui cause un préjudice. La particularité du droit du travail réside dans le fait que l'employeur peut être responsable vis-à-vis du tiers pour sa mauvaise exécution du contrat de travail mais également pour celle du salarié : les commettants sont responsables du fait de leurs préposés agissant dans le cadre de leurs fonctions²⁷¹. Le salarié qui agit dans les limites de la mission qui lui a été impartie n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers²⁷², peu important que le dommage causé le soit en raison de sa mauvaise exécution du contrat de travail. Le tiers qui veut opposer la mauvaise exécution du contrat de travail par le salarié doit le faire auprès de l'employeur.
- 117.** L'immunité civile du salarié est néanmoins écartée lorsqu'il commet une faute intentionnelle condamnée pénalement²⁷³ (ou non²⁷⁴), ou qu'il agit hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions²⁷⁵. Le salarié engage alors sa responsabilité civile délictuelle personnelle à l'égard du tiers auquel il cause un dommage. Certains auteurs affirment que toute faute intentionnelle de la

²⁷⁰ M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 2è ed PUF, p.510

²⁷¹ Article 1384 du Code civil

²⁷² Cass. ass. plen. 25 fevr. 2000, Costedoat

²⁷³ Cass. ass. plen. 14 dec. 2001 pourvoi n° 00-82066

²⁷⁴ Cass.crim. 7 avr. 2004, pourvoi no 03-86.203

²⁷⁵ Cass. ass. plen. 19 mai 1988 pourvoi n° 87-82654. L'application de cette jurisprudence est cependant si restrictive qu'elle écarte même les hypothèses d'exécution du contrat de travail par le salarié lorsque celui-ci cause un dommage.

part du salarié devrait engager sa responsabilité civile délictuelle²⁷⁶. Cela justifierait le fait que la Cour de cassation engage la responsabilité personnelle du salarié qui commet des actes de harcèlement moral ou sexuel envers un autre salarié²⁷⁷ (tiers à son contrat de travail) dans l'exécution de son contrat de travail²⁷⁸. Cependant, la faute intentionnelle du salarié semble pour certains encore imprécise et insuffisante²⁷⁹ pour engager sa responsabilité civile personnelle. Le critère de la faute intentionnelle du salarié n'est d'ailleurs pas expressément mentionné par la Cour de cassation qui semble ainsi ouvrir une brèche à la jurisprudence Costedoat²⁸⁰. En outre, le harcèlement moral est caractérisé indépendamment de la volonté de son auteur²⁸¹, et il serait surprenant que la Cour de cassation refuse d'engager la responsabilité personnelle du salarié qui n'aurait pas intentionnellement harceler un autre salarié. Sans invoquer une responsabilité « ni contractuelle, ni délictuelle »²⁸², la responsabilité civile personnelle d'un salarié en cas de harcèlement d'un second salarié peut se justifier par les relations de travail entre eux. L'immunité civile du salarié vis-à-vis des tiers s'explique principalement par la théorie du risque de l'entreprise qui doit être supporté par l'employeur²⁸³, l'entreprise doit apparaître comme une seule entité face aux tiers. Cette immunité se justifie-t-elle au sein même de l'entreprise ? Celle-ci se développe tel un microcosme composée d'une multitude de contrats de travail interdépendants. Les salariés, tiers aux contrats de travail des uns des autres, n'opposent pas lorsqu'ils subissent un dommage du fait de la mauvaise exécution du contrat de travail de l'autre, un risque lié intrinsèquement au développement de l'entreprise. Ils opposent un risque lié au développement des relations humaines inévitables et pour lesquelles l'employeur ne peut toujours être responsable. Les relations de travail entre les salariés justifient que le contrat de travail soit opposé par des tiers au contrat, mais faisant partie de la communauté de travail.

B) L'opposabilité d'un droit

²⁷⁶ Flour, Aubert et Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, Le fait juridique, 2007, Armand Colin, no 220-1, p. 239

²⁷⁷ Cass. soc., 21 juin 2006 pourvoi n° 05-43914

²⁷⁸ En effet, il convient de rappeler que l'obligation de sécurité du salarié posée par l'article L.4122-1 du Code du travail est une obligation inhérente au contrat de travail, la violation de l'obligation de sécurité du salarié qui harcèle un autre salarié relève donc de l'inexécution du contrat de travail.

²⁷⁹ J. Mouly, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D.2006 p.2756

²⁸⁰ P. Adam, *Harcèlement moral et action en responsabilité civile. Quelques observations sur l'arrêt Association propara*, RDT 2006. 245

²⁸¹ Cass. soc. 17 juin 2015 pourvoi n°14-13.907

²⁸² C. Radé, *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, Dr. soc. 2006. p.826

²⁸³ J. Mouly, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D.2006 p.2756

118. Le principe de l'égalité de traitement. Au sein de l'entreprise²⁸⁴, les salariés tiers aux contrats de travail des uns et des autres peuvent opposer, non plus un fait résultant de l'exécution du contrat et leur ayant causé un préjudice, mais un droit créé par le contrat. En application du principe prétorien « à travail égal, à salaire égal »²⁸⁵ étendu au principe de l'égalité de traitement²⁸⁶, un salarié peut opposer à son employeur un autre contrat de travail que celui-ci aurait conclu avec un autre salarié exerçant une fonction comparable²⁸⁷ mais avec des contreparties plus avantageuses. Si l'employeur n'est pas en mesure d'apporter une justification objective à la différence de traitement entre les salariés²⁸⁸, il doit appliquer à tous les salariés se trouvant dans la même situation la contrepartie la plus avantageuse²⁸⁹. Le principe de l'égalité de traitement trouve une application substantielle et normative²⁹⁰ : s'il est constaté grâce à la comparaison des avantages que reçoivent deux salariés dans la même situation, il doit s'appliquer en tout état de cause comme une norme supérieure au contrat même si la différence n'est dans les faits pas constituée. Ce principe s'applique tant aux relations collectives qu'aux relations individuelles, la différence de traitement injustifiée ne peut être instituée ni par une convention collective ni par un contrat de travail.

119. Certains auteurs justifient cette création prétorienne par la valeur constitutionnelle de l'égalité de traitement tel qu'il est applicable au législateur²⁹¹. Selon d'autres, il n'existe aucun fondement textuel justifiant la création par les juges du principe de l'égalité de traitement²⁹². L'égalité de traitement entre les salariés est justifiée par les rapports que ceux-ci entretiennent au sein de la communauté de travail, elle contribue à « favoriser la solidarité des salariés et leur attachement à l'entreprise »²⁹³. Il y a volonté chez le juge de créer une communauté homogène. L'interdépendance des contrats de travail dans l'entreprise fonde l'imbrication des contrats et des relations entre les cocontractants.

²⁸⁴ Et non au sein du groupe de société, Cass. soc., 16 sept. 2015 pourvoi n°13-28415

²⁸⁵ Cass. soc., 29 oct. 1996 pourvoi n°92-43.680

²⁸⁶ Cass. soc., 18 juin 2008 pourvoi n°06-46000

²⁸⁷ G. Auzero « *L'application du principe de l'égalité de traitement dans l'entreprise* » Dr. Soc. 2006 p.822 : « la notion de travail retenue pour apprécier l'égalité se réfère d'abord au poste de travail tenu par le salarié. [...] Mais la référence au seul poste de travail est sans aucun doute insuffisante [...]. Aussi a-t-on aujourd'hui plus tendance à prendre en compte les fonctions comme élément de comparaison. »

²⁸⁸ Telle que l'ancienneté ou l'expérience acquise, Cass. soc., 19 déc. 2007 pourvoi n°06-44795

²⁸⁹ Cass. soc., 29 oct. 1996 pourvoi n°92-43.680

²⁹⁰ J-F Cesaro, *Le principe d'égalité prohibe les distinctions conventionnelles mêmes non appliquées*, JCP S 2011 p.1243

²⁹¹ S. Van Der Vlist, *Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement*, JCP S 2015 p.1055

²⁹² A. Jeammaud, *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Dr. Soc. 2004 p.694

²⁹³ G. Duchange, *Le juge, la convention collective et les fondements incertains du principe d'égalité de traitement*, JCP S 2014 p.1452

120. Les effets du principe de l'égalité de traitement. Le principe prétorien de l'égalité de traitement permet au juge d'appliquer à tous les salariés l'avantage le plus favorable sans se substituer aux parties dans la création de la norme. En effet, il attribue par réfaction du contrat²⁹⁴ l'avantage sollicité par le salarié le moins favorisé²⁹⁵. Cette solution est critiquée puisqu'il ne s'agit pas d'une « juste application du principe d'égalité »²⁹⁶ qui aurait dû entraîner l'application d'un montant moyen à chacun des salariés. Les salariés ont donc un droit à la comparaison entre les contrats de travail. Cela a pour effet que les salariés tiers aux différents contrats de travail conclus par l'employeur peuvent lui opposer les droits créés par un contrat de travail identifié afin de pouvoir en bénéficier. La norme créée par le contrat qui ne devrait contraindre que les seules parties s'étend de fait et s'impose aux contrats créés avec d'autres salariés. Même si le principe d'égalité de traitement n'a pas pour effet de rendre des tiers débiteurs ou créanciers d'une obligation contractuelle, la violation à l'effet relatif du contrat est caractérisée. Le contrat ne tient plus lieu de loi qu'à ceux qui l'ont créé, il tient de loi à tous ceux qui contractent dans des conditions équivalentes avec un dénominateur commun : l'employeur. La Cour de cassation semble vouloir sonner le glas de l'individualisation des salariés et ne permettre la création que d'un seul droit, faisant naître une multitude d'obligations contractuelles liant l'employeur avec chacun de ses salariés. La force des obligations ne va s'appliquer qu'entre les parties, tandis que la loi est la même pour tous.

121. Ces principes ne s'appliquent qu'à la norme créée par le contrat. L'évolution de la norme créée, son intangibilité et sa révocabilité, ne relève que des seules parties au contrat.

²⁹⁴ Modification judiciaire d'un contrat dans un sens plus favorable à l'une des parties

²⁹⁵ Cass. soc., 20 juin 2001 pourvoi n°99-43905

²⁹⁶ J-F. Cesaro A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, relations individuelles*, p.586 3è ed.LexisNexis.

Chapitre II : Le contenu de la force obligatoire du contrat de travail

122. Le contrat a une essence normative que les parties doivent respecter. Il représente pour elles une prévision pour l'avenir. Il a été déduit des fondements²⁹⁷ de sa force obligatoire que le contrat devait être pérenne. La confiance que les parties s'accordent en contractant doit recevoir une effectivité pratique. Toute révocabilité (Section I) ou modification (Section II) unilatérale est donc exclue.

Section I : La révocabilité du contrat de travail

123. Il est généralement déduit de la force obligatoire des contrats que ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une révocabilité unilatérale. Si une partie pouvait s'en dégager à tout moment, cela nierait le principe même de la force obligatoire du contrat. Les rédacteurs du Code civil l'ont anticipé et ont prévu dans l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code du travail que les conventions ne pouvaient être révoquées que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. La révocation par consentement mutuel a donc été érigée en principe (Sous-section I). Cependant, face aux droits fondamentaux et à la montée de l'individualisme, l'unilatéralisme se développe et la loi autorise de nombreuses exceptions au principe du consentement mutuel (Sous-section II).

Sous-section I : Le principe du consentement mutuel

124. Le principe de la force obligatoire ne signifie pas que le contrat ne peut pas être révoqué. Il signifie seulement que sa révocation doit s'opérer par consentement mutuel (§2), et non de manière unilatérale (§1).

§1. L'irrévocabilité unilatérale du contrat de travail

125. Consacrée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, l'article 1134 alinéa 2, devenant l'article 1193, disposera au 1^{er} octobre 2016 que « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». L'irrévocabilité unilatérale du contrat

²⁹⁷ Voir supra n° 38s.

découle de sa force obligatoire (I). Cependant, il convient de s'interroger sur l'essence même du principe de la force obligatoire et de son rapport avec l'irrévocabilité unilatérale du contrat (II).

I. La force obligatoire comme fondement de l'irrévocabilité unilatérale du contrat

126. L'irrévocabilité. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles peuvent être révoquées de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise »²⁹⁸. Certains auteurs en ont déduit qu'« il n'est d'engagement véritable qu'irrévocable (...) Toute la question est de savoir si le droit laisse à l'auteur de la promesse la liberté de se rétracter, auquel cas il n'y a pas d'obligation »²⁹⁹. La libre révocabilité du contrat ferait perdre son sens au principe de la force obligatoire des contrats. « Pour des raisons évidentes de sécurité juridique et en référence à la liberté individuelle, l'engagement dispose en principe d'une force obligatoire imposant son immutabilité, son intangibilité et son irrévocabilité »³⁰⁰. La force obligatoire serait le fondement de l'irrévocabilité du contrat.

127. L'irrévocabilité unilatérale. Le contrat ne souffre cependant pas d'une totale irrévocabilité, il peut par principe être révoqué par le consentement mutuel des parties. Ce que les parties ont fait ensemble, elles peuvent ensemble le défaire. « Si le principe est qu'un contrat synallagmatique peut être conventionnellement résilié, la règle est que dès qu'un contrat est synallagmatique, la résiliation ne peut être unilatérale »³⁰¹, « sauf exceptions légalement prévues par la loi »³⁰² auquel cas la révocabilité peut être le fait d'une seule partie. Nouvelle manifestation de la subordination du contrat à la loi, cette règle vient limiter strictement³⁰³ les cas de rupture unilatérale par l'une des parties. La restriction est telle qu'il est imposé aux parties de saisir le juge si elles souhaitent rompre unilatéralement le contrat qui les lie³⁰⁴. La résiliation n'opère pas de plein droit. Les

²⁹⁸ Article 1134 du Code civil alinéas 1 et 2.

²⁹⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civils, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., n°52

³⁰⁰ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, ed. Panthéon-Assas, p.479

³⁰¹ H., J., L. Mazeaud, F.Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations Théorie générale*, T. II, 9^e ed. p.846

³⁰² Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, ed. Panthéon-Assas, p.472

³⁰³ S'agissant d'exceptions, les causes de ruptures unilatérales prévues par la loi doivent s'interpréter strictement.

³⁰⁴ Article 1184 du Code civil « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

parties, lorsqu'elles usent d'une norme hiérarchiquement supérieure à celle qu'elles ont créé, peuvent unilatéralement faire tomber le contrat³⁰⁵ ; en revanche, dans leurs rapports purement contractuels, elles n'ont pas en principe de droit de résiliation unilatéral.

II. La portée de la force obligatoire comme fondement de l'irrévocabilité unilatérale du contrat

128. Révocabilité unilatérale et tempérament de la force obligatoire. Le contrat a une essence normative, il tient lieu de loi à ceux qui les ont faites. La loi a vocation à lier fermement les parties qui ne peuvent déroger à ses dispositions que si elles le prévoient, mais elle n'a pas vocation à les lier indéfiniment. La révocabilité unilatérale d'un contrat ne viole pas sa force obligatoire mais la tempère. Ainsi, lorsque la loi autorise des causes de ruptures unilatérales d'un contrat, ce dernier garde force obligatoire. Affirmer le contraire reviendrait à affirmer que tous les contrats à durée indéterminée n'ont pas force obligatoire puisque les engagements perpétuels sont prohibés³⁰⁶. Certains auteurs affirment à raison que le deuxième alinéa de l'article 1134 du Code civil ne doit pas être lu comme le corollaire de l'alinéa premier. Le principe de l'irrévocabilité unilatérale et le principe de la force obligatoire du contrat tissent des liens mais disposent « d'une autonomie relative »³⁰⁷. La loi pose dans le premier alinéa le principe de la force obligatoire, et, dans le second alinéa, annonce qu'elle prévoit des causes de résiliation unilatérale. Ce serait donc un contre-sens que de dire que la force obligatoire du contrat empêche sa révocabilité unilatérale en raison de l'alinéa 1 de l'article 1134 alors même que l'alinéa 2 de l'article 1134 prévoit des cas de révocabilité unilatérale. Cela signifierait que l'alinéa 2 fait échec à l'alinéa 1. En outre, l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil porte sur l'essence normative du contrat, tandis que l'alinéa 2 ne porte que sur son existence. Ces deux alinéas peuvent recevoir une lecture indépendante, l'atteinte à l'existence ne portant pas forcément atteinte à l'essence du contrat. En réalité, la force obligatoire du contrat empêche sa *libre* révocabilité unilatérale. La sécurité juridique que le contrat doit apporter aux parties, et qui est le fondement de sa force obligatoire, justifie seulement que le droit à la révocabilité

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

³⁰⁵ « Pour les causes que la loi autorise »

³⁰⁶ Décision Cons. Const. 9 novembre 1999 n° 99-419 DC

³⁰⁷ Y. Pagnierre, *L'extinction unilatérale des engagements*, ed. Panthéon-Assas p.287

unilatérale du contrat par l'une des parties soit prévu ab initio. L'unilatéralisme, en tant qu'exercice d'un droit, ne s'opposerait plus à la force obligatoire.

129. Révocabilité unilatérale et application de la force obligatoire. Il en serait même parfois la pure application. La portée de la force obligatoire d'un contrat renvoie « à la sanction de l'inexécution d'une obligation »³⁰⁸. Or, force est de constater que la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle peut résulter dans la révocation unilatérale du contrat. En effet, selon l'article 1184 du Code civil : « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ». La résiliation unilatérale du contrat, en sanctionnant le manquement à ses dispositions par un cocontractant, apparaît comme l'application de sa force obligatoire. Dès lors, il n'est plus possible d'affirmer que la force obligatoire du contrat entraîne son irrévocabilité unilatérale, surtout eu égard au développement de la rupture unilatérale en droit du travail au détriment de la rupture conventionnelle.

§2. La révocabilité du contrat de travail par consentement mutuel

130. En application d'un accord interprofessionnel datant du 11 janvier 2008, la loi du 25 juin 2008 dite « loi portant modernisation du marché du travail » a introduit en droit du travail français la rupture dite conventionnelle du contrat de travail aux articles L. 1237-11 et suivants du Code (I). Ce mode de rupture a vocation à être l'unique mode de rupture par consentement mutuel du contrat de travail. Pourtant, elle ne s'applique pas dans tous les cas de rupture et l'écho de la rupture amiable de droit commun résonne encore dans certains cas (II).

I. La rupture conventionnelle

131. Afin de mieux cerner ce mode de rupture et le rapport qu'il entretient avec la force obligatoire du contrat de travail, il convient d'en étudier sa nature (A) et son régime (B).

³⁰⁸ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, ed. Panthéon-Assas p.287

A) La nature de la rupture conventionnelle

132. *Le mutuus dissensus*. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise »³⁰⁹. Le *mutuus dissensus*, ou dissentiment mutuel³¹⁰ est une convention par laquelle les parties décident de mettre fin à leur engagement contractuel. Elle doit réunir les conditions de validité de toute convention³¹¹, mais elle a pour particularité d'avoir pour objet l'extinction d'une autre convention. Elle doit être contractée entre les parties au contrat initial, l'effet relatif des contrats empêchant un tiers d'y mettre fin. Le *mutuus dissensus* est rendu possible par la place du contrat dans la hiérarchie des normes applicables aux parties : les deux conventions conclues ont la même valeur pour les parties, de manière à ce que la seconde, en tant qu'émanation de leurs volontés contraires, ait la force d'éteindre la première. La force obligatoire de la convention de rupture renverse la force obligatoire du contrat de travail.
133. *La généralité du mutuus dissensus*. Ce principe du *mutuus dissensus* est un principe général, « il a en effet vocation à s'appliquer à tout accord de volonté »³¹². Cependant son application au contrat de travail a posé quelques difficultés. La rupture par consentement mutuel du contrat de travail était vue comme une fraude au licenciement³¹³. L'ancien article L.122-4 du code du travail semblait exclure tout autre mode de rupture que la rupture unilatérale : « le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une³¹⁴ des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies ». Le salarié était protégé à double titre : soit que la rupture ait été de son fait et sa volonté était protégée, soit que la rupture ait été du fait de l'employeur et sa

³⁰⁹ Article 1134 du Code civil, alinéas 1 et 2

³¹⁰ Quoique l'ellipse latine issue de l'adage « *quod consensu contrahitur etiam dissensus dissolvitur* » ne soit pas si aisée à traduire fidèlement. En effet « *un désaccord est toujours réciproque* », si l'une des parties ne s'accorde plus avec l'autre, il y a dissentiment qui sera forcément mutuel. Cette expression tautologique rappelle en réalité que les parties ont dû échanger leurs consentements au moment de la conclusion du contrat et que ce consentement est désormais contrarié, d'où la formule moins connue de « *contrarius consensus* ». Voir R. Vatinet, *Le mutuus Dissensus* RTD Civ 1987 p.253.

³¹¹ « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.* » Article 1108 du Code civil.

³¹² R. Vatinet, *Le mutuus Dissensus* RTD Civ 1987 p.254

³¹³ R. Vatinet, *Le mutuus Dissensus* RTD Civ 1987 p.255

³¹⁴ Et non « des »

restriction l'en protégeait. L'ancien article L.122-14-7 du même Code³¹⁵ ajoutait que « l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre », titre qui encadrait la rupture unilatérale du contrat de travail. Tout semblait aller à l'encontre de la consécration en droit du travail de la rupture par consentement mutuel³¹⁶. Toutefois, c'était oublier que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun³¹⁷ qui prévoient précisément en l'article 1134 du Code civil que la rupture par consentement mutuel est la rupture de principe du contrat. La jurisprudence en avait donc déduit que le contrat de travail pouvait faire l'objet d'une résiliation conventionnelle³¹⁸. Ces résiliations avaient souvent pour origines des difficultés économiques que traversait l'entreprise, l'employeur souhaitant réduire ses effectifs concluait des résiliations conventionnelles avec les salariés qui l'acceptaient. Certains auteurs contestaient encore la nature conventionnelle de telles ruptures et affirmaient que leur « cause » économique écartait la volonté des parties qui n'intervenaient qu'en deuxième temps³¹⁹, la rupture avait donc la nature d'un licenciement. Cela reviendrait néanmoins à nier que les parties puissent avoir une volonté propre de rompre le contrat de travail, indépendamment de la cause subjective poussant l'employeur.

134. *Le monopole de la rupture conventionnelle.* Afin de mettre un terme à ces débats, la loi du 25 juin 2008 est venue « encadrer une pratique déjà existante »³²⁰. Désormais, l'article L.1237-11 dispose que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section, destinées à garantir la liberté du consentement des parties ». Cette disposition ne s'applique qu'au seul contrat de travail conclu à durée indéterminée, le contrat de travail à durée déterminée peut toujours être rompu par « accord des parties »³²¹. La rupture conventionnelle conclue en application de ces articles est exclusive de toute autre³²² rupture amiable du contrat de travail³²³ à durée indéterminée.

³¹⁵ Devenu l'article L.1231-4

³¹⁶ Voir notamment J-F Cesaro, *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc. 2011 p.640

³¹⁷ C. trav. art., L. 1221-1, ancien L.121-1

³¹⁸ B. Teyssié, *A propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail*, JCP E 1985 n° 33 act.14690

³¹⁹ R. Vatinet, *Le mutuus Dissensus*, RTD Civ 1987 p.265

³²⁰ J-P Gille, Débats à l'Assemblée Nationale, 3^{ème} séance du 15 avril 2008

³²¹ C. trav. art., L.1243-1

³²² Ou presque, voir infra n°140s.

Une convention mettant fin au contrat de travail à durée indéterminée qui serait conclue en-dehors du cadre posé par le Code du travail serait requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse³²⁴. En d'autres termes, une telle convention perd sa nature conventionnelle. Le mutus dissensus en droit du travail ne reçoit qu'une application fortement restreinte.

135. Rupture conventionnelle et transaction. La question s'est posée de savoir si la rupture conventionnelle pouvait être conclue en présence d'un différend entre les parties, le risque étant qu'elle soit qualifiée de transaction et que le salarié perde son droit d'agir contre l'employeur. Une telle solution aboutirait toutefois à « confondre le contexte d'une négociation et le but poursuivi par les parties »³²⁵. La rupture conventionnelle a pour objet de mettre fin au contrat de travail, tandis que la transaction a pour objet de mettre fin au droit d'action de l'une des parties en contrepartie de concessions réciproques. La rupture conventionnelle ne se confond pas avec la transaction et peut dès lors être conclue même en présence d'un différend entre l'employeur et le salarié³²⁶, qui gardent la possibilité de conclure une transaction postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle³²⁷.

B) Le régime de la rupture conventionnelle

136. Les conditions de validité de la rupture conventionnelle. Les conditions de validité de la rupture conventionnelle sont totalement indépendantes des conditions de validité du licenciement³²⁸. La rupture conventionnelle répond, en tant que mutus dissensus, aux conditions de droit commun de validité d'un contrat³²⁹. Ces conditions sont toutefois renforcées par rapport au droit commun. Dans un premier temps, la rupture conventionnelle doit prévoir une indemnité versée au salarié qui ne peut être inférieure aux indemnités légales ou conventionnelles de licenciement³³⁰. Ensuite, la rupture conventionnelle répond à des conditions de forme prévues pour s'assurer du libre

³²³ Cass. soc., 15 oct. 2014 pourvoi n°11-22.251, S. Miara, *La rupture conventionnelle est le seul mode (ou presque) de rupture amiable du contrat*, JCP S 2014 p.390.

³²⁴ Cass. Soc., 15 oct. 2014 pourvoi n°11-22.251

³²⁵ J-F Cesaro, *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc. 2011 p.640

³²⁶ Cass. soc., 3 juil. 2013 pourvoi n° 12-19268

³²⁷ Cass. soc. 5 nov. 2014 pourvoi n° 12-28260

³²⁸ G. Loiseau, *La rupture conventionnelle, indépendante et exclusive*, JCP S 2014 p.1436

³²⁹ Voir supra n°132

³³⁰ C. trav. art., L. 1237-13

consentement du salarié³³¹. Elle doit être négociée à l'occasion d'au moins un entretien avec l'employeur au cours duquel les parties peuvent se faire assister³³². Sa validité est soumise à son homologation par la direction régionale du travail (DIRECCTE)³³³. La DIRECCTE doit constater que la rupture conventionnelle réunit les conditions de validité du contrat et tout particulièrement celle du consentement libre du salarié. L'homologation de la rupture est donc une condition de validité de la convention ayant pour dessein de constater la réunion des autres conditions de validité de la convention. Cette homologation n'a pour autant pas pour effet de changer la nature contractuelle de la rupture³³⁴. La conclusion de la rupture conventionnelle est soumise à un formalisme lourd. La force obligatoire du contrat de travail paraît renforcée face à la force obligatoire d'un contrat de droit commun, dont le mutus dissensus ne reçoit pas de forme prescrite³³⁵.

137. *Les effets de la rupture conventionnelle.* Les règles organisant les effets de la rupture conventionnelle homologuée manifestent le souci d'accorder une protection au salarié. Tandis que les effets du mutus dissensus de droit commun sont prévus par les parties, les effets du mutus dissensus en droit du travail sont réglementés par la loi qui lui assigne des conséquences proches du licenciement. Le salarié doit recevoir une indemnité au moins égale à celle qu'il aurait perçue s'il avait été licencié. Il bénéficie également des indemnités de chômage au même titre que s'il avait été licencié. Il peut paraître contestable, même au nom de la protection du salarié, que le principe de la révocation par consentement mutuel du contrat de travail soit limité tandis que la révocation unilatérale du contrat de travail se développe. Alors que le mutus dissensus de droit commun fait écho à l'autonomie de la volonté, le régime de la rupture conventionnelle du contrat de travail est fondé sur l'idée selon laquelle le salarié serait incapable de volonté. Il est la manifestation de « la méfiance culturellement répandue, comme "prêt-à-penser", à l'égard de toute négociation individuelle avec un salarié dont on peine parfois à admettre qu'il puisse être le siège d'une volonté libre et que l'on risque ainsi de condamner, sous prétexte de le protéger, à une éternelle minorité juridique »³³⁶.

³³¹ G. Couturier, *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc 2008 p.923

³³² C. trav. art., L.1237-12

³³³ C. trav. art., L. 1237-14

³³⁴ Contrairement à l'autorisation de la rupture conventionnelle par l'inspecteur du travail lorsqu'elle est conclue avec un salarié protégée. C. Trav. Art. L. 1237-15, cass. Soc., 26 mars 2014 n° 12-21136

³³⁵ R. Vatinet, *Le mutus Dissensus*, RTD Civ 1987 p.274

³³⁶ J-F Cesaro, *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc. 2011 p.640

II. La rupture amiable

138. La loi du 25 juin 2008 aurait dû mettre fin aux cas de rupture amiable du contrat de travail conclus en application du droit commun. Toutefois, ces modes de ruptures persistent concernant la rupture par consentement mutuel du contrat de travail à durée déterminée (A) ainsi que les cas de rupture par consentement mutuel du contrat de travail à durée indéterminée lorsque celles-ci interviennent dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi (B).

A) La rupture amiable du contrat de travail à durée déterminée

139. *Exception de l'exception et le retour au droit commun.* L'article L.1237-11 du Code du travail semble avoir vocation à s'appliquer à toutes les ruptures par consentement mutuel des contrats de travail : « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun de la rupture du contrat de travail qui les lie ». Pourtant, « sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave »³³⁷. La disposition spéciale applicable au contrat de travail à durée déterminée déroge à la disposition ayant une vocation à s'appliquer aux contrats de travail en général, qui déroge elle-même au droit commun des obligations. L'article L.1243-1 du Code du travail prévoyant la rupture amiable du contrat à durée déterminée fait une référence indirecte à l'article 1134 du Code civil tandis que les dispositions concernant la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée l'écartent³³⁸. Cette incohérence des règles a été jugée paradoxale³³⁹. Dès lors que le contrat de travail à durée déterminée a vocation à être exécuté jusqu'à son terme, il devrait recevoir une force obligatoire plus importante que le contrat de travail à durée indéterminée qui peut être rompu à tout moment de manière unilatérale³⁴⁰. Reste que la loi du 17 mai 2011 ayant modifié l'article L.1243-1 pour y ajouter la rupture du contrat de travail à durée déterminée pour cause de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, n'a pas modifié les dispositions de l'article concernant la rupture par accord des parties, preuve que le législateur ne souhaite pas renvoyer au formalisme de la rupture conventionnelle. Les

³³⁷ C. trav. art., L.1243-1

³³⁸ Il convient de rappeler en effet que « specialia generalibus derogant »

³³⁹ G. Couturier, *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc. 2008 p.923

³⁴⁰ Décision Cons. Const. 9 novembre 1999 n° 99-419 DC

conditions de validité de la rupture amiable du contrat de travail à durée déterminée répondent aux conditions de validité du contrat de droit commun. Aucun formalisme n'est imposé³⁴¹.

B) La rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée

140. *Le contrat de droit commun.* La section consacrée à la rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les conditions définies par l'article L. 2242-13 et des plans de sauvegarde de l'emploi dans les conditions définies par l'article L.1233-61³⁴². Les ruptures résultant de la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et des plans de sauvegarde de l'emploi peuvent s'opérer par consentement mutuel. D'une part, l'entreprise comprenant plus de trois cents salariés doit engager tous les trois ans des négociations portant sur la gestion des emplois des salariés de l'entreprise³⁴³. Cet accord peut notamment prévoir pour eux des modalités de mobilité professionnelle, qui peut aboutir à la rupture du contrat de travail par consentement mutuel avec l'employeur, dans les conditions prévues par le droit commun des contrats. D'autre part, le plan de sauvegarde de l'emploi est envisagé lorsque, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, le projet de licenciement pour motif économique concerne au moins dix salariés sur une période de trente jours³⁴⁴. Le plan peut prévoir que des postes seront supprimés suite, non à un licenciement, mais à un départ volontaire des salariés concernés³⁴⁵. Les ruptures qui en seront issues sont des ruptures amiables répondant au régime du droit commun des contrats. Ces solutions peuvent se justifier par la nécessité moindre de protection du salarié dans ces cas de figure. En matière de gestion prévisionnelle des emplois, le salarié prend la décision seul de quitter l'entreprise, décision qui lui est présumée avantageuse puisqu'il en ressort avec une meilleure formation. En matière de plan de sauvegarde de l'emploi, les dispositions du plan consacrées aux départs volontaires font en tout état de cause l'objet soit d'une homologation soit d'une validation par la DIRECCTE. Lui soumettre des ruptures conventionnelles individuelles après coup

³⁴¹ Jcl. Trav. Fasc. 2-48 F.Bouzes n°129

³⁴² C. trav. art., L.1237-16

³⁴³ C. trav. art., L.2242-13

³⁴⁴ C. trav. art., L.1233-61

³⁴⁵ Cass. soc. 25 janvier 2012 pourvoi n° 10-23516

serait redondant. De surcroît, dans ces dispositifs, les représentants des salariés interviennent puisqu'ils sont consultés sur les plans élaborés³⁴⁶.

141. Offres collectives. Les cas de départs volontaires des salariés sont la manifestation de la particularité du droit du travail et de l'articulation entre relations collectives et individuelles. La rupture amiable est un contrat. Consacrant la jurisprudence actuelle, l'article 1113 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose que : « la formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties ». L'offre est une manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne fait connaître à une autre son intention ferme de contracter. En l'espèce, l'offre est collective³⁴⁷. Elle est délimitée par l'acte qui la porte, à savoir la convention collective signée avec les partenaires sociaux portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou le plan de sauvegarde de l'emploi. Si cet acte est ferme et précis, il sera qualifié d'offre. Dans le cas contraire, il s'agira juste d'une invitation à entrer en pourparlers. Il peut comporter des clauses incitatives de départ (dans le cas du plan de sauvegarde de l'emploi un plan reclassement externe des salariés, le montant de l'indemnité de départ...), des clauses d'éligibilité du plan restreignant le public auquel elle s'adresse ou encore des clauses de mises en œuvre du plan déterminant les modalités procédurales du dépôt des offres par les candidats³⁴⁸, s'il s'agit d'une invitation à entrer en pourparlers³⁴⁹.

142. Acceptations individuelles. La rupture amiable répond du régime du droit commun des contrats. « La rupture décidée en application du plan de départs volontaires est amiable ; elle intervient d'un commun accord sans qu'il y ait lieu de la soumettre au régime de la rupture conventionnelle »³⁵⁰. Elle répond en conséquence du régime de droit commun du droit des contrats. De manière paradoxale, alors que le contrat de travail est conclu *intuitu personae*, l'offre émise par l'employeur de rompre ce contrat est adressée à une collectivité. Si le salarié qui souhaite accepter cette offre de manière claire et non

³⁴⁶ C. trav. Art., L.1233-30, L.2323-31

³⁴⁷ Que le plan de sauvegarde de l'emploi soit unilatéral et émane du seul employeur, ou soit collectif et émane d'un accord conclu avec les syndicats représentatifs majoritairement dans l'entreprise, il s'applique à tous les salariés concernés et a précisément vocation à être collectif

³⁴⁸ E. Jeansen, *La rupture amiable planifiée*, JCP S 2015 p.1262

³⁴⁹ Une offre ferme et précise ne nécessite qu'une acceptation claire et non équivoque du cocontractant, et non que celui formule sa propre offre à moins qu'il ne veuille contredire la première.

³⁵⁰ E. Jeansen, *La rupture amiable planifiée*, JCP S 2015 p.1262

équivoque en remplit les conditions, l'employeur ne pourra pas s'y opposer³⁵¹ indépendamment de sa personne. Alors que l'offre est collective, l'acceptation qui crée le contrat est individuelle. Les rapports entre relations individuelles et relations collectives de travail semblent s'orienter vers la protection de l'individualité du salarié : l'employeur doit faire une offre collective qui répond à de stricts critères de validité³⁵², et le salarié a le dernier mot.

- 143.** Ces modes de rupture ont toutefois une voie étroite. Il convient de constater, avec la réglementation étroite de la rupture conventionnelle et la marginalisation de la rupture amiable de droit commun, que le contrat de travail a aujourd'hui vocation à être rompu de manière unilatérale.

Sous-section II : Le développement de l'unilatéralisme

- 144.** Anticipant la prohibition des engagements perpétuels par le Conseil Constitutionnel, le droit du travail a toujours admis que le contrat de travail puisse faire l'objet d'une résiliation unilatérale de la part des parties. En raison de son caractère intuitu personae, il doit pouvoir être librement révoqué par ses parties en cours d'exécution. La résiliation unilatérale du contrat de travail apparaît comme un droit fondamental (§1). Toutefois, la rupture unilatérale du contrat de travail ne doit pas être largement acceptée car, sans violer frontalement la force obligatoire du contrat de travail, elle la tempère et y met fin. Les ruptures unilatérales répondent donc à des modalités particulières (§2).

§1. Le droit à l'unilatéralisme

- 145.** Le droit à l'unilatéralisme dans la rupture change selon qu'il s'agit d'un contrat de travail à durée indéterminée (I) ou d'un contrat de travail à durée déterminée (II). En effet, contrairement au contrat de travail à durée indéterminée qui peut être rompu à tout moment, le contrat de travail à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Les deux contrats ne répondent donc pas de la même logique.

³⁵¹ Cass. soc., 11 oct. 2005 pourvoi n°03-44985

³⁵² Ceux d'un accord collectif de droit commun dans cas de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ceux d'un accord collectif à majorité renforcée soumis à validation dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi collectif, ceux d'un acte unilatéral soumis à homologation dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral

I. La rupture du contrat à durée indéterminée

146. Les modes de rupture unilatérale du contrat doivent être prévus ab initio. Le contrat est révocable du fait du consentement des parties ou pour les causes que la loi autorise³⁵³ et dès lors que le contrat répond en principe de la loi applicable au moment de sa création³⁵⁴, il est révocable unilatéralement pour les causes que la loi autorisait au moment de sa conclusion (A). Il convient néanmoins d'élargir la notion de loi employée par l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, à la lumière de la notion de loi telle qu'employée dans son alinéa premier. Ainsi, la loi des parties, à savoir le contrat, doit pouvoir autoriser des causes de résiliation unilatérale du contrat (B).

A) Les causes autorisées par la loi

147. En raison du caractère alimentaire de la créance du salarié et des abus commis par les employeurs dans la révocation unilatérale, le législateur a, par une loi du 13 juillet 1973, encadré la rupture unilatérale du contrat de travail du fait de l'employeur. La rupture unilatérale ouverte au salarié (1) est plus large que celle ouverte à l'employeur (2).

1- Le droit du salarié

148. Reprenant une distinction utilisée un temps en matière de licenciement, il convient d'étudier le droit de rupture unilatérale offert au salarié selon qu'il en prenne l'initiative (a), ou qu'elle soit imputable à l'employeur (b).

a- L'initiative de la rupture unilatérale

149. Le droit du salarié de rompre son contrat à durée indéterminée est un droit fondamental (i) qui ne souffre de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (ii).

i- Le droit fondamental

150. *Le droit.* Fort de vouloir éviter l'aliénation des salariés et distinguer le travailleur de l'esclave, l'article 1780 du Code civil en vigueur depuis 1804, dispose qu'« on ne peut

³⁵³ Article 1134 du Code civil préc.

³⁵⁴ Article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». La loi du 27 décembre 1890 ajoute : « le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». Partant de ces dispositions applicables au contrat de travail, la jurisprudence a déduit un principe général de prohibition des engagements perpétuels consacré par le Conseil Constitutionnel le 0 novembre 1999 comme un droit fondamental découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789³⁵⁵. Ce droit constitutionnel constitue à lui seul « une cause que la loi autorise » pour rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée, il n'a pas besoin d'être réceptionné par une loi pour être applicable.

151. *L'exercice du droit.* Cependant, le droit du travail l'encadre et lui donne plusieurs formes interprétées de manière restrictive. Le salarié doit s'adapter à l'une de ces formes s'il veut rompre unilatéralement son contrat de travail, sous peine d'être sanctionné pour violation de sa force obligatoire. Il peut d'une part se démettre de son poste. La démission ne répond à aucune condition de forme, mais les juges vérifient qu'elle soit exprimée de manière claire et non équivoque de la part du salarié afin de protéger sa volonté³⁵⁶. Le salarié peut d'autre part "prendre sa retraite"³⁵⁷, dès lors qu'il a atteint l'âge requis pour le faire. Le départ à la retraite n'est pas non plus soumis à une condition de forme. Il produit des effets similaires à la démission, à savoir la rupture du contrat de travail, mais également des effets plus étendus, à savoir le versement d'une pension de retraite.

152. *L'abus de droit.* Ces causes de ruptures unilatérales ne sont pas soumises à une justification du salarié. Toutefois, cela ne fait pas de ces droits des droits discrétionnaires. La rupture abusive du contrat de travail par le salarié ouvre droit à des dommages et intérêts pour l'employeur³⁵⁸. Il s'agit d'une application classique du régime de la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée dans le droit commun des contrats³⁵⁹.

ii- Les restrictions au droit

³⁵⁵ Décision C. const. 9 novembre 1999 n° 99-419 DC

³⁵⁶ Cass. soc., 26 mai 2010 pourvoi n° 08-44923

³⁵⁷ C. trav. art., L.1237-9s

³⁵⁸ C. trav art., L.1237-2 pour le cas de la démission

³⁵⁹ Cass. 1re civ., 5 févr. 1985 : Bull. civ. 1985, I, n° 34

153. Ce droit fondamental ne doit recevoir comme restrictions que celles qui sont « justifiées³⁶⁰ par la nature de la tâche à accomplir » et « proportionnées au but recherché »³⁶¹.

154. *La démission.* Afin d'assurer une sécurité juridique et d'avoir une main d'œuvre opérationnelle pendant un laps de temps déterminé ou déterminable, il est tentant pour les employeurs de prévoir un renforcement de la force obligatoire du contrat de travail en y incluant des clauses restreignant la liberté de le rompre unilatéralement. Concernant la liberté de démission, les clauses les plus courantes sont les clauses dites de dédit-formation. L'employeur qui finance la formation du salarié obtient, via cette clause, la fidélité temporaire de son salarié et la certitude de ne pas avoir investi en vain : soit que le salarié reste, soit qu'il démissionne en lui remboursant les frais de formation. Afin d'être valable, cette clause doit être conclue ab initio et préciser « la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié »³⁶². Si la justification de cette clause réside nécessairement dans l'engagement de frais de formation par l'employeur, les juges en vérifient strictement la proportionnalité. Une clause qui empêcherait au salarié de démissionner de par le montant exorbitant qu'elle prévoirait au profit de l'employeur serait illicite³⁶³. La clause doit prévoir le remboursement proportionné des sommes engagées par l'employeur au titre de la formation du salarié, et ne peut inclure dans ce montant les rémunérations qui lui ont été versées³⁶⁴.

155. *Le départ à la retraite.* Le droit à la rupture unilatérale du salarié dans le cadre d'un départ à la retraite reçoit également une protection. « Sont nulles toutes stipulation d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse »³⁶⁵. Ces dispositions n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié, il s'agit d'une nullité relative dont l'employeur ne peut se prévaloir³⁶⁶. Le salarié n'est plus protégé contre une restriction de

³⁶⁰ Contrairement à la rupture unilatérale du contrat de travail par le salarié qui n'est pas soumise à justification, la restriction à ce droit doit être justifiée.

³⁶¹ C. trav. art., L.1121-1. En effet, le droit à la rupture unilatérale étant un droit fondamental, l'article L.1121-1 concernant les « droits et libertés dans l'entreprise » trouvent à s'appliquer.

³⁶² Cass. soc., 4 février 2004 pourvoi n° 01-43651

³⁶³ Cass. soc., 21 mai 2002 pourvoi n° 00-42909

³⁶⁴ Cass. soc., 23 octobre 2013 pourvoi n° n°11-16032, sous peine de nullité.

³⁶⁵ C. trav. art., L.1237-4

³⁶⁶ Cass. ass. plen. 6 novembre 1998 pourvoi n° 97-41931

sa liberté de rompre unilatéralement le contrat, mais contre une restriction de sa liberté de ne pas rompre unilatéralement le contrat. Le droit fondamental à la rupture unilatérale du contrat de travail ne doit pas être détourné par l'employeur et devenir une contrainte pour le salarié³⁶⁷. L'unilatéralisme est un droit fondamental du salarié, qui vient tempérer la force obligatoire du contrat de travail.

b- L'imputabilité de la rupture

156. *L'application de la force obligatoire.* L'unilatéralisme prend également source dans la force obligatoire du contrat de travail. En effet, le droit à la résiliation unilatérale du contrat en cas d'inexécution de ses obligations par le cocontractant, tel que prévu par l'article 1184 du Code civil, trouve à s'appliquer en droit du travail. La résiliation judiciaire du contrat de travail doit être demandée en justice. Lorsqu'elle est justifiée par des manquements suffisamment graves de l'employeur³⁶⁸, elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas contraire, le contrat de travail se poursuit. La résiliation judiciaire n'a toutefois que peu vocation à s'appliquer en raison de la création prétorienne de la prise d'acte du contrat de travail³⁶⁹. « Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission »³⁷⁰. Qu'elle résulte d'une demande judiciaire de résiliation ou d'une prise d'acte, la rupture unilatérale est une manifestation de l'application de la force obligatoire du contrat de travail : parce que l'employeur manque, ou bien que le salarié en ait le sentiment, à ses obligations contractuelles, le contrat est rompu unilatéralement par le salarié.

157. *L'harmonisation du régime de l'unilatéralisme.* Il se constate que l'unilatéralisme s'harmonise autour de la notion de prise d'acte : une démission ou un départ à la retraite peuvent être requalifiés en prise d'acte s'il ont pour origine un manquement suffisamment grave de l'employeur³⁷¹, et de ce fait entraîner les effets d'un licenciement sans cause

³⁶⁷ En droit. En fait, l'employeur a un pouvoir de subordination et les moyens pour faire pression sur le salarié et le forcer à quitter l'entreprise s'il a atteint l'âge requis pour toucher une pension de retraite.

³⁶⁸ Cass. soc., 26 mars 2014 pourvoi n° 12-21372

³⁶⁹ J-Y Frouin, *Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S 2008 p.1407

³⁷⁰ Cass. soc., 25 juin 2003 pourvoi n° 01-42679

³⁷¹ Cass. soc., 16 sept. 2015, pourvoi n° 14-17.371 : pour la prise d'acte. Voir : J-F. Cesaro, *Qualification. Principe d'égalité. Prise d'acte*, JCP S 2015 p.1383 ; Cass. soc., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.473 pour le départ à la retraite

réelle et sérieuse. La rupture est à l'initiative du salarié mais imputable à l'employeur. Cette uniformisation du régime de la rupture unilatérale est regrettable car elle amène une confusion sur la nature des droits à la rupture unilatérale. Alors que la rupture unilatérale indépendante du comportement de l'employeur est un tempérament à la force obligatoire qui résulte d'un droit fondamental, la rupture unilatérale imputable à l'employeur est une manifestation de la force obligatoire qui résulte de la loi. De plus, cette uniformisation ne semble pas se justifier. Dès lors que la démission du salarié doit, pour être qualifiée comme telle, être claire et non équivoque, l'acte de démission ne devrait pouvoir recevoir qu'une seule qualification excluant sa requalification en prise d'acte. Il est à craindre que cette uniformisation entraîne une généralisation de fait de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, le salarié n'ayant rien à perdre s'il souhaite dans tous les cas sortir de la relation contractuelle. Il lui est dès lors de plus en plus aisé de rompre unilatéralement le contrat, tandis que le droit de l'employeur est de plus en plus encadré.

2- Le droit de l'employeur

158. A l'instar du salarié, l'employeur dispose du droit de rompre le contrat de travail (a). Cependant, la rupture du contrat de travail a plus d'impact pour le salarié que pour l'employeur. Le droit de ce dernier est donc nettement plus encadré que celui du salarié (b).

a- Le droit de rompre le contrat de travail

159. *Le fondement du droit de rompre le contrat de travail.* Le droit de l'employeur de rompre le contrat de travail est fondé sur l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, tant au titre de la prohibition des engagements perpétuels que de la liberté d'entreprendre. En effet, l'employeur dispose, au même titre que le salarié, du droit de rompre le contrat de travail à durée indéterminée. La décision du Conseil Constitutionnel du 9 novembre 1999 prohibant les engagements perpétuels s'applique indistinctement à tous les cocontractants. De l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen disposant que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi », le Conseil Constitutionnel a également déduit que la

liberté d'entreprendre avait valeur constitutionnelle³⁷². La liberté d'entreprendre fonde le droit de l'employeur de licencier les salariés lorsque la pérennité de son activité est en jeu³⁷³. Elle a le même rang hiérarchique que les autres droits constitutionnels³⁷⁴, et notamment que le droit à l'emploi consacré par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de la IVème République de 1946³⁷⁵. Lorsque les deux droits s'opposent, le Conseil Constitutionnel doit opérer une conciliation des intérêts en présence³⁷⁶. Le législateur est donc habilité à restreindre le droit de l'employeur de rompre le contrat de travail.

160. *Le contenu du droit de rompre le contrat de travail.* L'idée selon laquelle l'employeur est libre de licencier autant que le salarié est libre de démissionner a perduré jusqu'à la loi n°73-680 du 13 juillet 1973³⁷⁷. Depuis lors, nombreuses lois sont venues encadrer le droit du licenciement. Les conséquences du licenciement étant moins importantes pour l'employeur que pour le salarié, l'employeur doit motiver son choix de ne pas poursuivre la relation contractuelle. La validité de la rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise, en plus des conditions de droit commun, à des conditions exorbitantes du droit commun et de celles applicables au salarié. La rupture abusive est sanctionnée au même titre que la rupture abusive opérée par le salarié : celle qui intervient brutalement dans des conditions vexatoires³⁷⁸. En revanche, l'employeur a l'obligation de fonder la mesure de rupture unilatérale par une cause réelle et sérieuse³⁷⁹,

³⁷² C.const. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982

³⁷³ C. Const. 12 janvier 2002 n°2001-455 DC considérants n°45 à 50

³⁷⁴ Rapp. C. Const « *La liberté d'entreprendre* », disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf

³⁷⁵ « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

³⁷⁶ Cons. Const. Décision du 13 juin 2013 n° 2013-672 DC, Adde C. Const. 12 janvier 2002 n°2001-455 DC : « *Considérant qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en oeuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ».

³⁷⁷ Prévoyant en son article 24 d. le « *licenciement pour un motif autre qu'une faute grave* ». Le licenciement doit donc être motivé soit par une faute grave, soit par un autre motif.

³⁷⁸ Cass. soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-19740, adde Cass. soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-12744 : au visa de l'article 1147 du Code civil « *le bien-fondé d'une demande de dommages-intérêts à raison des conditions vexatoires de la rupture du contrat de travail est indépendant du bien-fondé de la rupture* ».

³⁷⁹ Quoique le code du travail lui-même fasse la confusion entre le licenciement abusif et le licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'article L.1235-5 alinéa 3 : « *le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi* ». En voulant écarter les dispositions applicables au montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévues à l'article L.1235-3, aux cas de licenciements de salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, le Code du travail fait maladroitement référence aux licenciements abusifs. Cependant, il convient de constater que cet article, s'il écarte le montant des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle est sérieuse d'un salarié ayant

ce qui est inédit par rapport au droit commun. Il y a un renforcement de la force obligatoire du contrat par rapport au droit commun des contrats, le contrat de travail se trouvant, « par le jeu de la réglementation du licenciement, et de l'interprétation qu'en a donné la chambre sociale [...] doté d'une "super force obligatoire" au sein de la catégorie des contrats à exécution successive et à durée indéterminée »³⁸⁰. Ce renforcement s'explique par le fait que le droit de rompre unilatéralement le contrat de travail confronte le droit à l'emploi du salarié³⁸¹. Comme toujours lorsque deux droits s'affrontent, il s'opère une conciliation entre eux : le droit à l'emploi doit prévaloir sur le droit de rompre le contrat jusqu'à un certain point. Il s'est créé un droit de la rupture propre au droit du travail, le droit unilatéral de l'employeur ne trouve pas application par principe, mais seulement par exception si l'un de ses droits particuliers est en danger.

b- La restriction du droit de l'employeur de rompre le contrat de travail

161. L'employeur doit en principe justifier sa décision de rompre le contrat de travail (i). Cette obligation de justification ne s'applique cependant pas lorsque, au-delà de la rupture des contrats, l'employeur désire rompre avec son activité (ii).

i- La restriction du droit de rompre le contrat de travail

162. *Le droit au respect de la force obligatoire.* Tout licenciement pour motif personnel « est justifié par une cause réelle et sérieuse »³⁸², à défaut de quoi l'employeur commet une faute et s'expose au paiement de dommages-intérêts au profit du salarié³⁸³. Force est de constater que cette cause réelle et sérieuse est constituée par la défaillance du salarié dans l'exécution de son contrat de travail. La prise d'acte et la résiliation judiciaire, interdites au profit de l'employeur³⁸⁴, trouvent leur réciproque dans le pouvoir de licencier le salarié. Contrairement au salarié, l'employeur dispose du privilège du préalable, le licenciement est présumé justifié jusqu'à ce que le juge statue le contraire, et il n'est nul besoin de le

moins de deux ans d'ancienneté, n'écarte pas l'obligation de motiver le licenciement du salarié. Au contraire, il fonde la demande de dommages-intérêts des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et ayant fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Cass. soc., 25 septembre 1991 n°88-41251 88-45660

³⁸⁰ P. Ancel, *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat*, RDT 2016 p.240

³⁸¹ Alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946

³⁸² C. trav. art., L.1232-1

³⁸³ C. trav. art., L. L.1235-3

³⁸⁴ Cass. soc., 29 juin 2005 pourvoi n°03-41966 : « il appartient à l'employeur, s'il estime que le salarié ne respecte pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de licencier l'intéressé ; qu'il est dès lors irrecevable, fût-ce par voie reconventionnelle, à demander la résiliation du contrat de travail ».

saisir pour constater la défaillance du salarié et rompre unilatéralement le contrat à ses torts. Le licenciement pour motif personnel, qu'il soit justifié par une faute³⁸⁵, ou par une insuffisance professionnelle du salarié³⁸⁶, est la manifestation pure du droit de l'employeur au respect de la force obligatoire du contrat de travail.

163. *Le droit à la liberté d'entreprendre.* Le licenciement peut également avoir un fondement non inhérent à la personne du salarié. L'employeur peut sauver son entreprise soumise à une menace économique en rompant unilatéralement les contrats de travail de ses salariés. Il s'agit de licenciements pour motif économique³⁸⁷ qui doivent être strictement justifiés³⁸⁸, soit par des difficultés économiques³⁸⁹, soit par une mutation technologique³⁹⁰, soit par la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise³⁹¹. Dans le cas contraire, le licenciement est qualifié de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ces motifs sont fondés par la liberté d'entreprendre de l'employeur³⁹². Il n'appartient pas au juge de s'ingérer dans la relation contractuelle en contrôlant le choix effectué par l'employeur dès lors que celui-ci est justifié³⁹³. La force obligatoire du contrat de travail est renforcée du côté de l'employeur, puisque sa capacité à le rompre unilatéralement est fortement réduite et soumise à une stricte justification.

ii- La restriction du droit de cesser son activité

164. *Le droit de cesser son activité.* « L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le détermine à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles

³⁸⁵ Cass. soc. 12 juillet 2012 pourvoi n°10-30219, pour le refus du déplacement qui s'inscrit dans le cadre de ses fonctions

³⁸⁶ Cass. soc., 9 mai 2000 : Bull. civ. V, n°170

³⁸⁷ Il convient de préciser que la loi du 21 juin 2013 a créé deux nouveaux motifs de licenciement pour motif économique : le refus de l'application d'un accord de mobilité interne, C. trav. art., L. 2242-19, et le refus de l'application d'un accord de maintien dans l'emploi, C. trav. art., L.5125-2

³⁸⁸ C. trav. art., L.1233-3

³⁸⁹ Cass. soc., 18 juin 2014, pourvoi n°13-12682 : exigence de difficultés sérieuses et durables. Elles ne doivent pas résulter dans la baisse du chiffre d'affaire ni celle de bénéfices, cass. soc., 6 juillet 1999 pourvoi n° 97-41.036

³⁹⁰ Cass. soc., 9 octobre 2002 pourvoi n° 00-44.069 : sur l'incidence de l'introduction d'une nouvelle technologie dans l'entreprise

³⁹¹ Cass. soc., 5 avril 1995 pourvoi n°93-42690 Vidéocolor : « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité ».

³⁹² C. Const. 12 janvier 2002 n°2001-455 DC

³⁹³ Cass. ass. plen. 8 décembre 2000 pourvoi n° 97-44219

édictees par le Code du travail »³⁹⁴. L'employeur dispose du droit de cesser son activité quand il l'entend et comme il l'entend. La cessation d'activité de l'entreprise est une cause autonome de licenciement pour motif économique au sens de l'article L.1233-3 du Code du travail³⁹⁵, dès lors qu'elle est totale³⁹⁶ (qu'elle concerne toute l'entreprise et non un seul établissement) et définitive³⁹⁷. Le juge ne peut en apprécier la cause³⁹⁸ qui relève du seul employeur.

165. *L'abus du droit de cesser son activité.* Il ne peut intervenir que lorsqu'il constate la faute ou la légèreté blâmable de celui-ci. La cessation de l'activité de l'entreprise entraînant la rupture collective des contrats de travail de tous les salariés, l'employeur ne doit pas en disposer discrétionnairement. Son droit est susceptible de faire l'objet d'un abus. L'abus résulte soit d'une faute qui s'apprécie au regard du droit commun des contrats, c'est-à-dire selon l'article 1147 du Code civil qui consiste en « l'inexécution de l'obligation » ou le « retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »³⁹⁹ ; soit d'une légèreté blâmable⁴⁰⁰ qui consiste en une faute d'imprudence. Les notions de faute et de légèreté blâmable ont permis à la Cour de cassation de condamner la société mère pourtant extérieure à la relation contractuelle. Détentriche de sa filiale à 100%, le droit d'entreprendre et de cesser l'activité de cette filiale appartient à la société mère en raison de son droit de propriété⁴⁰¹. En raison des conséquences d'une telle fermeture, les juges ont admis que lorsqu'elle est la manifestation d'une faute ou d'une légèreté blâmable de la société mère ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise, celle-ci engage sa responsabilité envers les salariés, de ce fait, licenciés. En l'absence de lien contractuelle avec les salariés, sa faute n'est plus appréciée au regard de l'article 1147 mais de l'article 1382 du Code civil⁴⁰². Il reste que seul l'abus peut limiter le droit à la cessation d'entreprise par l'employeur, qui dispose d'un droit fondamental.

³⁹⁴ Cass. soc., 31 mai 1956, pourvoi n° 56-04.323 : Bull. civ. 1956 n° 499

³⁹⁵ Cass. soc., 16 janv. 2001; Bull. civ. 2001, V, n° 10

³⁹⁶ Cass. soc., 11 juin 2002, pourvoi no 00-42.233, Bull. civ. V, no 199, pour la fermeture d'une seule ligne aérienne

³⁹⁷ Cass. soc., 18 mai 2005, pourvoi n°03-42.010, pour une fermeture temporaire pour travaux

³⁹⁸ Cass. soc., 1er mars 2000, pourvoi n° 98-40.340, Bull. civ. 2000, V, n° 81

³⁹⁹ Cass. soc., 14 mars 2012 pourvoi n° 10-28413 : « la cessation d'activité de l'employeur était due à une carence fautive n'ayant pas permis d'obtenir les autorisations nécessaires à la poursuite de l'activité ».

⁴⁰⁰ Cass. Soc., 26 janvier 1994 Bulletin 1994 V N° 26 p. 17

⁴⁰¹ Et de ce fait, d'user, d'abuser et de disposer de la filiale.

⁴⁰² Cass. Soc., 8 juillet 2014 pourvois n°13-15470 et n°13-1557

166. *La dimension collective du droit de cesser son activité.* En effet, la liberté d'entreprendre « comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »⁴⁰³, et à fortiori, la liberté de cesser cette activité. Le droit pour l'employeur de cesser son activité fait écho au droit fondamental du salarié de rompre unilatéralement le contrat de travail : à l'instar du salarié, il n'est pas nécessaire que l'employeur de justifie la cause de la cessation de son activité⁴⁰⁴, et son droit ne trouve de limite que dans l'abus (constitué par une faute ou une légèreté blâmable). La comparaison entre les régimes de la démission et de la cessation d'activité fait apparaître une correspondance entre ces droits. Le salarié peut mettre fin à son activité en rompant le contrat individuel qui le lie à son employeur. L'employeur ne peut mettre fin à son activité qu'en rompant tous les contrats qui l'unissent à tous les salariés. En ce sens, il n'y a pas d'inégalité entre les droits de l'employeur et du salarié, puisqu'ils disposent tous les deux du droit de cesser leur activité, même si ces droits ne s'exercent pas au même niveau. La cessation de l'activité de l'employeur produit en revanche plus d'effets, puisque l'employeur personne morale proclame ainsi sa propre destruction.

B) Les causes autorisées par la loi des parties

167. *La source du droit.* Les parties au contrat de travail peuvent prévoir dans leur contrat des clauses en facilitant la révocabilité unilatérale. Il en est ainsi des clauses de dédit qui permettent au cocontractant de se retirer de la relation contractuelle avant que les obligations aient souffert un début d'exécution, de la clause de résiliation⁴⁰⁵ ou de la clause résolutoire qui permet la rupture unilatérale par une partie aux torts de l'autre partie lorsque cette dernière n'exécute pas ses obligations contractuelles. Ces clauses, pour être licites, ne doivent pas être purement potestatives⁴⁰⁶, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas relever de la seule volonté de l'une des parties. La plupart de ces clauses ne trouvent pas

⁴⁰³ Cons. const., déc. 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC

⁴⁰⁴ Contrairement aux autres cas de licenciement pour motif économique, qui trouvent également leur fondement dans la liberté d'entreprendre mais qui doivent être justifiés par une cause appréciée par la DIRECCTE et le juge administratif. Ici, la cause de la cessation ne réside pas dans un motif extérieur à la liberté d'entreprendre, elle est la liberté d'entreprendre.

⁴⁰⁵ La résiliation permet l'anéantissement du contrat pour l'avenir, tandis que la résolution anéantit le contrat de manière rétroactive. En droit du travail la distinction n'a cependant pas d'utilité dès lors que le contrat ne peut être résolu de manière rétroactif (il s'agit d'un contrat à exécution successive). Les deux termes seront donc employés librement.

⁴⁰⁶ C. civ art. 1174, Cass. soc., 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-44.761

d'utilité en matière de contrat à durée indéterminée qui peut être, dans tous les cas, rompu de manière unilatérale.

168. Le droit du travail connaît une application particulière du cas des clauses résolutoires. Inspirée par l'article L.7112-5 du Code du travail permettant que la rupture unilatérale de son contrat de travail par le journaliste professionnelle, en cas de changement notable dans l'orientation du journal, produise les effets d'un licenciement; la Cour de cassation a admis la validité des clauses dite « de changement de direction » « au profit de certains cadres dirigeants ou autonomes, occupant notamment des mandats sociaux, afin de les attirer et de leur garantir une certaine sérénité quant à la stabilité des personnes dirigeant une société »⁴⁰⁷. Une telle clause, « qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de direction, de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties »⁴⁰⁸. La cause de l'obligation réside dans l'importance des fonctions du salarié⁴⁰⁹. Son objet réside dans le montant de l'indemnité qui devra être versée au salarié, déterminable eu égard aux indemnités qu'il aurait dû percevoir s'il avait été licencié. La clause ne doit pas faire échec à la liberté des parties de rompre unilatéralement le contrat de travail⁴¹⁰. En outre, une telle clause ne peut être prévue qu'en faveur du salarié, « aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement »⁴¹¹. La Cour de cassation a précisé qu'« il résulte des articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du Code du travail, que les dispositions contractuelles, conventionnelles ou statutaires ne peuvent ni dispenser l'employeur d'énoncer les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement ni priver le juge de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement »⁴¹².

⁴⁰⁷ Y. Pagnnerre, E. Jeansen, P. Rozec, *Guide des clauses du contrat de travail*, LexisNexis fiche n°8, 8-1

⁴⁰⁸ Cass. soc., 10 avril 2013 pourvoi n°11-25841, F. Dumont, *Validité d'une clause de rupture du contrat de travail et prise d'acte*, JCP S 2013 p.1302.

⁴⁰⁹ Cass. soc., 26 janvier 2011 pourvoi n°09-71271, pour une salariée chargée de mettre en œuvre des projets stratégiques organisationnels de la société.

⁴¹⁰ J. Siro, *Validité d'une clause contractuelle de conscience, confirmation*, sous Cass. Soc., 10 avril 2013 n°11-25841, D. Actualité, 14 mai 2014 p.14

⁴¹¹ Cass. soc., 14 nov. 2000, pourvoi n° 98-42.371 : Bull. civ. 2000, V, n° 367

⁴¹² Cass. soc., 12 janv. 2011, pourvoi n° 09-41.904 : Bull. civ. 2011, V, n° 16

169. *La mise en œuvre du droit.* Par analogie avec le droit applicable aux journalistes, il est déduit que la clause doit être mise en œuvre de manière claire et non équivoque⁴¹³. La rupture du contrat de travail, bien que trouvant sa source dans un droit contractuel attribué par les deux parties au salarié, est une rupture unilatérale. En effet, « même si l’extinction unilatérale d’un engagement a sa source dans la clause d’un contrat, l’exercice de cette faculté conventionnelle de rupture reste unilatérale »⁴¹⁴. Nonobstant la source du droit, la volonté de l’employeur n’intervient pas lors de la rupture du contrat de travail par le salarié qui agit de manière unilatérale. La rupture n’est rien d’autre qu’une rupture unilatérale pour une cause autorisée par la loi des parties. Certains auteurs tentent de rattacher la clause de conscience à une prise d’acte conventionnelle en raison des effets qu’elle produit (c’est-à-dire ceux d’un licenciement)⁴¹⁵. Toutefois, contrairement à la prise d’acte qui vient sanctionner l’irrespect de la force obligatoire du contrat, le jeu de la clause de conscience est une application de la force obligatoire du contrat puisqu’il s’agit de la mise en œuvre d’une prérogative contractuelle. Il s’agit d’une clause résolutoire dépendant non de l’inexécution par l’une des parties de ses obligations, mais d’événements extérieurs aux parties au contrat, la rupture n’est donc pas imputable à l’employeur, elle l’oblige juste à indemniser le salarié conformément à ce qu’il s’est engagé de faire.

II. La rupture du contrat à durée déterminée

170. La rupture contrat de travail à durée déterminée répond d’une toute autre logique. En effet, il a vocation à être exécuté jusqu’au terme qu’il prévoit. Dès lors, la loi restreint considérablement les cas de rupture unilatérale (A), qui peuvent, en compensation, être prévues par les parties (B).

A) Les causes autorisées par la loi

171. *Le fondement.* « Les conventions stipulées à durée déterminée doivent être exécutées jusqu’à leur terme »⁴¹⁶. Le terme stipulé dans les contrats à durée déterminée devient une obligation accessoire qu’il faut respecter : le temps est contractualisé. Il s’agit d’une modalité de l’obligation principale du contrat de travail : la force de travail du salarié. De ce fait, le temps résulte de la force obligatoire du contrat de travail et doit être respecté,

⁴¹³ Cass. soc., 15 mars 2006 pourvoi n°03-45.875

⁴¹⁴ Y. Pagnerre, *L’extinction unilatérale des engagements*, Ed. Panthéon-Assas, p.216

⁴¹⁵ F. Dumont, *Validité d’une clause de rupture du contrat de travail et prise d’acte*, JCP S 2013 p.1302.

⁴¹⁶ Cass. com., 14 novembre 1996 pourvoi n°94-14329

sous peine de violation de l'article 1134 du Code civil. « L'irrévocabilité des engagements à durée déterminée est l'écho de la force obligatoire du terme extinctif »⁴¹⁷.

172. Le contenu. Dès lors, le Code du travail restreint la rupture du contrat de travail à durée déterminée qu'aux cas de faute grave, de force majeure, d'inaptitude du salarié constatée par un médecin du travail⁴¹⁸. En outre, le salarié dispose une nouvelle fois de droits plus étendus que l'employeur puisqu'il peut rompre unilatéralement le contrat de travail à durée déterminée avant l'échéance de son terme s'il a conclu un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur⁴¹⁹. Le développement de l'unilatéralisme en matière de contrats à durée déterminée est une manifestation du caractère intuitu personae du contrat de travail et de la protection des droits fondamentaux des parties. D'une part, l'article L.1243-1 du Code du travail ouvre des possibilités de rupture unilatérale lorsque la poursuite du contrat de travail est impossible : soit en raison d'un cas de force majeure⁴²⁰, soit en raison de l'inaptitude du salarié, soit en raison de la faute grave du salarié⁴²¹. D'autre part, le droit du salarié de rompre le contrat de travail conclu à durée déterminée de manière unilatérale lorsqu'il a conclu un contrat de travail à durée *indéterminée* démontre la force du droit fondamental à l'emploi du salarié⁴²². A ce titre il convient de souligner que la liberté d'entreprendre⁴²³ de l'employeur, liberté fondamentale, lui permet réciproquement de rompre de manière unilatérale le contrat de travail à durée déterminée puisqu'il est mis fin à toute l'activité de l'entreprise. Toutes ces hypothèses restent néanmoins exceptionnelles

⁴¹⁷ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Ed. Panthéon-Assas, p.488

⁴¹⁸ C. trav. art., L.1243-1. L'alinéa 2 réserve une autre hypothèse : « *Lorsqu'il est conclu en application du 6° de l'article L. 1242-2, le contrat de travail à durée déterminée peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion.* ». Cette solution rappelle que « *le fait que ce type d'engagements s'étale dans le temps influence le législateur et les juges qui admettent de nombreuses exceptions à l'irrévocabilité de principe des engagements à durée déterminée et à la force obligatoire du terme extinctif, ce dernier étant (par nature) une simple modalité* », in Y.Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Ed. Panthéon-Assas, p.488

⁴¹⁹ C. trav. art., L.1243-2

⁴²⁰ Cass. soc., 12 février 2003 pourvoi n°00-46660 : « *la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat* ». Tel n'est pas le cas de la fermeture administrative d'un établissement, Cass. soc., 28 juin 2005 pourvoi n°03-43.192. En revanche, constitue un cas de force majeure la survenance d'un incendie, Cass. soc., 12 janvier 1967 bull. IV n°44 p.35.

⁴²¹ Cass. soc., 10 novembre 2010 pourvoi n°09-42077 « *La faute grave résulte d'une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »

⁴²² C. Const. 9 novembre 1999 n° 99-419 DC

⁴²³ La liberté d'entreprendre, englobant le droit de pratiquer une profession ou de ne plus la pratiquer, est à la fois la réciproque du droit fondamental à l'emploi et du droit fondamental de rompre unilatéralement le contrat

puisque le contrat de travail à durée déterminée ne doit pas pouvoir, sauf clause contraire, être rompu avant l'échéance du terme.

B) Les causes autorisées par la loi des parties

173. *Le contrat à durée déterminée de droit commun.* Le contrat de travail à durée déterminée ne suppose, sauf rares exceptions légales, aucune possibilité de rupture unilatérale par les parties. Cependant, l'article L.1243-1 réserve l'hypothèse d'un accord des parties, qui peuvent prévoir un droit de rupture unilatérale. Les clauses résolutoires retrouvent leur pleine utilité par rapport au contrat à durée indéterminée qui peut, dans tous les cas, être rompu unilatéralement. A l'instar des contrats à durée indéterminée, ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du salarié, les dispositions relatives à la rupture du contrat étant d'ordre public. « Le salarié ne peut accepter par avance la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par le texte »⁴²⁴, une telle clause est nulle et doit même être réputée non écrite⁴²⁵. La clause résolutoire stipulée au profit du salarié doit préciser de manière claire et non équivoque les manquements de l'employeur qui permettent au salarié de rompre le contrat⁴²⁶, sachant que la clause de renvoi aux manquements des dispositions contractuelles est valable⁴²⁷. Comme toutes les clauses conclues en application du droit commun des contrats, elle ne doit pas être purement potestative et doit résulter du comportement de l'employeur. La clause résolutoire bénéficie de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil : elle reçoit force obligatoire. La force obligatoire du contrat de travail pose sa propre limite en prévoyant une exception à l'exécution de l'obligation temporelle. Il ne faut toutefois pas oublier que la clause résolutoire ne prive pas le salarié de rompre le contrat de travail selon les modalités de droit commun de rupture du contrat de travail⁴²⁸ à durée déterminée.

174. *Le contrat de travail à durée déterminée dérogatoire.* La Cour de cassation a laissé croire que les clauses de rupture purement potestatives étaient admises dans le cas d'un contrat de travail à durée déterminée conclu par un sportif pour un certain nombre de saisons⁴²⁹. La

⁴²⁴ Cass. soc., 27 mai 1992, pourvoi n° 89-41.704 : Bull. civ. 1992, V, n° 342

⁴²⁵ Cass. soc., 17 oct. 2000, pourvoi n° 98-41.815

⁴²⁶ Cass. 3e civ., 29 avr. 1985 : Bull. civ. 1985, III, n° 71.

⁴²⁷ Cass. 3e civ., 3 nov. 2005, pourvoi n° 04-18.156

⁴²⁸ Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-18.897

⁴²⁹ Cass. Soc., 10 février 2016 pourvoi n°15-16132 « *les dispositions de l'article 11. 2 de la convention collective du rugby, qui, en cas de relégation ou de rétrogradation du club, permettent au joueur de*

loi du 27 novembre 2015, qui exclut certaines dispositions du droit commun du contrat de travail à durée déterminée⁴³⁰ est toutefois venue prévoir que « les clauses de rupture unilatérale pure et simple du contrat de travail à durée déterminée du sportif et de l'entraîneur professionnels salariés sont nulles et de nul effet »⁴³¹. Cette disposition prohibe les clauses de rupture unilatérales purement potestatives. En conséquence, le contrat de travail à durée déterminée dérogatoire répond aux mêmes exigences que le droit commun en matière de rupture unilatérale. L'unilatéralisme est, de manière générale, un droit encadré, tant dans son existence que dans son exercice.

§2. Les modalités d'exercice du droit à l'unilatéralisme

175. Le droit de la rupture unilatérale obéit à des règles destinées à protéger la partie qui subit la rupture (I). Elles ne sont cependant pas applicables tant que le contrat de travail n'est pas consolidé (II).

I. La durée de la rupture

176. **La prévention.** La rupture unilatérale ne doit pas intervenir de manière brutale, auquel cas la partie qui en use commet un abus de droit. Le Code du travail encadre les modalités de rupture afin de protéger la partie qui la subit. Le salarié qui exerce sa faculté de rompre unilatéralement le contrat, indépendamment du comportement de l'employeur, doit l'en informer de manière claire et non équivoque⁴³². Si la rupture résulte des manquements de l'employeur, il doit mettre l'employeur en demeure préalablement à la rupture⁴³³. En raison de l'absence de réciprocité entre les effets de la rupture du salarié et celle de l'employeur, l'employeur est soumis à davantage d'obligations préalables à la rupture unilatérale. Un formalisme strict encadre le droit du licenciement individuel : le salarié doit être convoqué

rejoindre un autre club professionnel avant le terme du contrat en cours, sans rendre la rupture imputable à l'employeur, ni interdire au salarié de rompre le contrat en invoquant une faute grave de l'employeur, dérogent dans un sens favorable au salarié à l'article L. 1243-1 du code du travail »

⁴³⁰ C. sport art., L.222-2-1 : « Le code du travail est applicable au sportif professionnel salarié et à l'entraîneur professionnel salarié, à l'exception des dispositions des articles L. 1221-2, L. 1241-1 à L. 1242-9, L. 1242-12, L. 1242-13, L. 1242-17, L. 1243-7 à L. 1243-10, L. 1243-13 à L. 1245-1, L. 1246-1 et L. 1248-1 à L. 1248-11 relatives au contrat de travail à durée déterminée. »

⁴³¹ C. sport art., L.222-2-7

⁴³² Cass. soc., 9 mai 2007 pourvoi n°05-42.301 pour la démission, Cass. soc., 15 mai 2013 pourvoi n°11-26.784 pour le départ à la retraite, Cass. soc., 15 mars 2006 pourvoi n° 03-45.875 pour la clause de conscience.

⁴³³ Article 1139 du Code civil : « le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure ».

par lettre recommandée envoyé cinq jours au moins avant la date de convocation, à un entretien préalable au licenciement⁴³⁴ au cours duquel chacune des parties expose ses arguments⁴³⁵. Le contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur deux jours après l'entretien, par lettre recommandée avec avis de réception énonçant les motifs de la rupture⁴³⁶. L'employeur étant un cocontractant collectif, la rupture à son initiative peut être collective. Auquel cas, le formalisme est moins rigoureux : l'information individuelle fait place à l'information collective des représentants du personnel de l'entreprise⁴³⁷. En revanche, la motivation du licenciement reste due à chacun des salariés.

177. *Le préavis.* En tout état de cause, la rupture ne produit pas d'effets immédiats. Sauf les cas où le maintien du salarié dans l'entreprise est impossible⁴³⁸, le salarié doit exécuter un préavis⁴³⁹ (peu important que la rupture soit de son initiative ou de celle de l'employeur, qui, ne quittant pas l'entreprise, n'a pas à exécuter de préavis). Cette condition est issue du droit commun⁴⁴⁰. Elle permet aux parties de s'organiser face à la rupture du lien contractuel : au salarié de trouver une nouvelle source de revenus, à l'employeur de trouver un nouveau cocontractant pour occuper ce poste. Le régime de droit commun des contrats s'accorde ici parfaitement avec le droit du travail, et l'existence d'un contrat individuelle entre l'employeur et le salarié sert les relations collectives de travail en permettant à l'employeur d'organiser son entreprise.

II. Le temps de la rupture

178. *Le sommeil de la force obligatoire.* Le contrat de travail dispose d'un temps de consolidation⁴⁴¹ pendant lequel l'employeur apprécie la capacité du salarié à exécuter ses

⁴³⁴ C. trav. art., L.1232-2

⁴³⁵ C. trav. art., L.1232-3

⁴³⁶ C. trav. art., L.1232-6

⁴³⁷ C. trav. art., L.1233-8

⁴³⁸ Soit que l'entreprise n'existe plus, soit qu'il a commis une faute grave.

⁴³⁹ C. trav. art., L.1234-1 : « Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit :
1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;

2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ;

3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois.

Toutefois, les dispositions des 2° et 3° ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié. »

⁴⁴⁰ Cass. com., 5 décembre 1984 bull civ I n°201, condamnant la rupture brusque

⁴⁴¹ C. trav. art., L.1221-19

obligations contractuelles et le salarié apprécie sa volonté d'exécuter ses obligations contractuelles⁴⁴². La période d'essai n'est pas un précontrat, mais un temps de consolidation du contrat, il convient de parler de rupture en période d'essai et non de la période d'essai⁴⁴³. En effet, afin de faciliter la possibilité de chacune des parties de rompre unilatéralement le contrat de travail qu'elles ne souhaiteraient pas exécuter, le Code du travail exclut l'application des dispositions relatives au licenciement le temps de la période d'essai⁴⁴⁴. La force obligatoire du contrat de travail, d'ordinaire renforcée par rapport au contrat de droit commun dont la rupture unilatérale est plus souple, est tempérée. Pour le salarié, cela n'a pour effet que de réduire le délai de préavis (appelé d'ailleurs délai de prévenance) à effectuer. Pour l'employeur, cela a pour effet de lui permettre de rompre le contrat de travail pour motif personnel sans avoir à justifier d'une cause réelle et sérieuse (les règles concernant le licenciement pour motif économique s'appliquent). Il ne s'agit pas d'une nouvelle cause que la loi autorise, mais de modalités apportées aux causes que la loi autorise déjà, à savoir la rupture unilatérale du contrat. En effet, la qualification de licenciement n'est pas écartée, bien qu'une partie de son régime le soit⁴⁴⁵, et la rupture de la période d'essai doit être appréciée au regard de la finalité de la période d'essai : la vérification des compétences du salarié.

179. *Le réveil de la force obligatoire.* En conséquence, toute rupture du contrat de travail en période d'essai qui ne serait pas motivée par l'insuffisance professionnelle du salarié est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts au salarié lésé⁴⁴⁶. Le contrat reprend toute sa force obligatoire et la rupture unilatérale qui n'est pas autorisée par la loi est sanctionnée au titre de l'article 1134 du Code civil. L'employeur bénéficiant du privilège du préalable, le salarié devra apporter la preuve que son contrat a été rompu indépendamment de l'appréciation par l'employeur de ses capacités professionnelles. Pour ce faire, il peut démontrer qu'il n'a pas exercé ses fonctions pendant suffisamment de temps pour que l'employeur puisse apprécier ses compétences⁴⁴⁷. Il peut également apporter la preuve qu'il s'agissait en réalité d'un licenciement pour motif économique, notamment en démontrant que la société subissait des difficultés économiques et, à l'aide du registre du personnel,

⁴⁴² C. trav. art., L.1221-20

⁴⁴³ P. Mallard, *Le licenciement en période d'essai ?*, Dr. Soc. 2006 p.1157

⁴⁴⁴ C. trav. art., L.1231-1

⁴⁴⁵ P. Mallard, *Le licenciement en période d'essai ?*, Dr. Soc. 2006 p.1157 : « *Ecarter certains éléments, même importants, d'un régime juridique donné ne signifie pas soustraire à l'ensemble de ce régime juridique* »

⁴⁴⁶ Exemple : Cass. Soc. 5 mai 2004 pourvoi n°02-41224 pour une rupture abusive.

⁴⁴⁷ Cass. soc., 15 décembre 2010 pourvoi n° 08-42951

que son poste a été supprimé⁴⁴⁸. En tout état de cause, l'employeur ne doit pas adopter un comportement vexatoire envers le salarié dont il rompt le contrat en période d'essai⁴⁴⁹.

180. *Transition.* De la force obligatoire du contrat découle son irrévocabilité unilatérale de principe. Toutefois, les exceptions sont si nombreuses en droit du travail que le principe et l'exception semblent inversés. Affirmer alors que le contrat de travail n'a pas de force obligatoire parce qu'il peut être révoqué unilatéralement n'aurait pas de sens. Le contrat de travail a force obligatoire, qui peut être tempérée par sa révocabilité unilatérale. La force obligatoire du contrat de travail se manifeste avec plus de force concernant son intangibilité, quoique ce principe souffre également d'exceptions.

Section II : La modification du contrat de travail

181. Le contrat ne tient lieu de loi qu'aux parties. Elles sont seules tenues de la norme, intangible et immuable (Sous-section I). Toutefois, lorsqu'un litige entre elles survient, le juge est amené à apprécier voire interpréter le contenu du contrat. Cela ne doit pas être pour lui une occasion de modifier la loi des parties, à laquelle il est également tenu (Sous-section II).

Sous-Section I : La modification par les parties

182. Il est constant que le principe de la force obligatoire du contrat induit son immutabilité. Consacrée par l'ordonnance n°2016-131 du 1^{er} février 2016, le principe d'immutabilité unilatérale du contrat se trouvera à compter du premier octobre 2016 à l'article 1193 du Code civil : « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Ce principe de droit commun doit s'articuler avec les principes de droit du travail. Le pouvoir de subordination de l'employeur sur le salarié tempère l'intangibilité du contrat, son pouvoir de direction nécessite qu'il ait une marge de manœuvre par rapport au cadre contractuel. Il convient donc d'étudier l'identification de la modification du contrat (§1), de laquelle découle le régime de la modification (§2).

⁴⁴⁸ Cass. soc., 20 novembre 2007 pourvoi n° 06-41212

⁴⁴⁹ Cass. soc. 5 décembre 2001 pourvoi n° 99-45758

§1. L'identification de la modification

183. La vocation pérenne du contrat ne le rend pas irrémédiablement immuable. Les parties peuvent toujours convenir de sa modification. Cette modification a une nature contractuelle (I). Toutefois, en droit du travail, tout ce qui est dans le contrat n'est pas du contractuel. Le domaine de la modification du contrat (II) est parfois plus restreint que ce qu'il paraît.

I. La nature de la modification

184. *La modification unilatérale.* Le contrat est la chose des parties. Au même titre que sa révocabilité, sa modification unilatérale est par principe prohibée. Longtemps ignoré par le Code civil, ce principe jurisprudentiel a été consacré par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations. Une partie ne peut modifier unilatéralement les conditions contractuelles initiales. Ce principe est d'application en droit du travail. L'employeur ne peut modifier unilatéralement le contrat, même dans un sens plus favorable au salarié⁴⁵⁰.

185. *La modification par consentement mutuel.* La modification du contrat doit faire l'objet d'un accord exprès du salarié⁴⁵¹. Dès lors que l'article 1134 alinéa 2 du Code civil autorise les parties à mettre fin à leurs relations contractuelles par consentement mutuel, « il n'y a aucune raison de ne pas les y [à modifier le contrat] autoriser à la condition bien sûr que la modification envisagée ne soit pas illégale »⁴⁵². Le même contrat se poursuit, et la modification prend la nature d'un avenant au contrat de travail⁴⁵³. La rencontre des nouvelles volontés des parties, dès lors qu'elles répondent aux critères de validité d'un contrat⁴⁵⁴, vient substituer les nouvelles dispositions contractuelles aux anciennes. La nature contractuelle de la modification fait écho à la nature contractuelle du mutus dissensus. De la même manière, la modification substitue immédiatement la nouvelle clause contractuelle à l'ancienne, de même valeur⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Cass. soc., 27 février 2001 pourvoi n°99-40219

⁴⁵¹ Cass. soc., 29 novembre 2011 pourvoi n°10-19435

⁴⁵² M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1, 2è ed. PUF p.478

⁴⁵³ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, relations individuelles*, p.659, n°1290, LexisNexis

⁴⁵⁴ Article 1108 du Code civil

⁴⁵⁵ Voir supra n°132

II. Le domaine de la modification

- 186.** Le domaine de la modification touche directement au contenu obligationnel du contrat. En déterminant le contenu obligationnel du contrat, le juge détermine ce qui reçoit force obligatoire et ne peut faire l'objet de modification unilatérale. Il convient de délimiter ce qui relève du pouvoir (A), et ce qui relève du contrat (B).

A) Le pouvoir

- 187. *Clause substantielle.*** Pendant longtemps, la Cour de cassation faisait une interprétation in concreto des clauses du contrat de travail. Les clauses qui étaient non substantielles pouvaient faire l'objet d'une modification unilatérale de la part de l'employeur. Les clauses étaient jugées substantielles ou non substantielles en fonction de leur importance pour le salarié. En le justifiant de manière hasardeuse par la révocabilité unilatérale du contrat, la Cour de cassation jugeait que « le contrat à durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, peut également et par là même être modifié de façon unilatérale »⁴⁵⁶. Cette jurisprudence a évolué parallèlement au droit du licenciement. En 1973, il a été interdit à l'employeur de licencier sans juste motif. La loi a entendu limiter l'unilatéralisme de l'employeur dans la révocation du contrat, et les juges ont entendu le lui rendre quelque peu pour sa modification. La force obligatoire a été d'un côté renforcée et de l'autre malmenée. Toutefois, il n'est pas possible de raisonner par analogie entre la révocabilité unilatérale et la modification unilatérale tel que le faisait la Cour de cassation. La révocabilité unilatérale ne porte atteinte qu'à l'existence du contrat, et non directement à son essence, sa force obligatoire est donc préservée. En revanche, la modification unilatérale du contenu obligationnel s'attaque directement au cœur même de la norme, et donc à l'essence du contrat. La force obligatoire n'était pas respectée. Il est à noter au surplus que l'unilatéralisme dans la modification manquait de réciprocité : seul l'employeur en était doté, bien que « toute modification du contrat nécessitant l'accord des deux parties en vertu de l'article 1134 du Code civil »⁴⁵⁷. Preuve en est qu'il s'agissait d'un cadeau jurisprudentiel destiné à compenser la restriction du droit au licenciement, et destiné à disparaître.

⁴⁵⁶ Cass. soc. 26 janvier 1978 pourvoi n°75-15675

⁴⁵⁷ F. Canut, *Le secteur géographique*, Dr. soc. 2011 p.923

188. *Clause contractuelle.* « Cette appréciation in concreto a pu paraître trop incertaine »⁴⁵⁸. La Cour de cassation a reviré sa jurisprudence dans plusieurs arrêts en date du 10 juillet 1996⁴⁵⁹. Désormais, l'unilatéralisme au profit de l'employeur ne se justifie plus par le caractère substantiel ou non de la clause, mais par le caractère contractuel ou non de la clause. Ce qui relève du contrat ne peut être modifié unilatéralement. En revanche ce qui relève du pouvoir de l'employeur lui permet de changer unilatéralement les conditions de travail. Le pouvoir étant l'objet même du contrat, l'unilatéralisme n'est plus une atteinte à la force obligatoire. Le régime de la modification ne va s'appliquer qu'aux cas de modification des clauses contractuelles. Reste à savoir quelles sont les clauses contractuelles du contrat de travail.

B) Le contrat

189. Les clauses contractuelles se distinguent des clauses informatives. Les clauses contractuelles sont celles qui touchent à la définition même du contrat de travail (1). Cependant les parties peuvent insérer des clauses contractualisant les informations (2).

1- Les clauses contractuelles

190. La délimitation des clauses contractuelles du contrat de travail est en principe opérée par rapport à un fondement objectif consistant dans la norme établie par les parties. Cependant, la personne du salarié ayant une place prédominante dans l'objet du contrat de travail, son consentement, fondement subjectif de la force obligatoire, ne peut être écartée dans la détermination du noyau dur du contrat de travail. Le contrat de travail se définit communément comme l'exercice par le salarié d'une prestation (b) rémunérée (a) sous la subordination de l'employeur. Il convient dès à présent d'écarter la subordination du régime de la modification du contrat. D'une part car elle justifie le pouvoir de l'employeur de changer les relations de travail, ce qui ne relève pas du régime de la modification, d'autre part car elle est l'objet même du contrat et ne peut de ce fait, à notre sens, faire l'objet d'une modification : soit que la modification entraîne sa suppression (alors le contrat de travail perd sa qualification), soit que la modification entraîne son altération

⁴⁵⁸ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz 28^{ème} ed. p.640

⁴⁵⁹ Cass. soc. 10 juillet 1996 pourvois n° 93-40966 et n° 93-41137

(alors la subordination⁴⁶⁰ perd sa qualification qui fait perdre au contrat de travail sa qualification).

a- La rémunération

191. Contrat de travail. « Il est généralement admis que le salaire se définit comme toute prestation en argent ou en nature fournie en contrepartie d'un travail »⁴⁶¹. Le salaire, en tant que contrepartie de la prestation, est la cause de l'engagement du salarié et l'objet de l'engagement de l'employeur⁴⁶². Il doit donc être déterminé ou déterminable par le contrat⁴⁶³. Si le contrat détermine ses modalités de calcul et sa structure, il est déterminé. La rémunération est alors partie intrinsèque du contrat de travail et reçoit force obligatoire. Ainsi, l'employeur qui impose au salarié un système de commissionnement différent de celui prévu au contrat modifie unilatéralement le contrat en modifiant le calcul de la rémunération⁴⁶⁴. De même, s'agissant de la structure de la rémunération, l'employeur ne peut unilatéralement substituer aux titres-restaurant et à la prime de panier une indemnité conventionnelle de repas⁴⁶⁵, ni même intégrer une prime au salaire de base⁴⁶⁶, quand bien même il estimerait que ces modifications sont plus favorables au salarié⁴⁶⁷. En revanche, lorsque la prime de panier reçue par le salarié est « non-contractuelle », la diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutive à un changement des horaires du cycle de travail n'est pas une modification du contrat de travail⁴⁶⁸.

192. Convention collective. Ces solutions changent lorsque la rémunération n'est que déterminable par référence au statut collectif applicable. Dès lors, la modification du contrat renverrait à la modification du principe de l'application d'une norme, indépendamment de son contenu, au contrat de travail, qui est seul contractualisé. En revanche, la modification des dispositions du statut collectif par les parties au statut

⁴⁶⁰ Caractérisée par le pouvoir de diriger, contrôler et sanctionner le salarié, Cass. Soc., 13 novembre 1996 pourvoi n°94-13187

⁴⁶¹ C. Millet-Ursin, *Enjeux en matière de rémunération*, JCP S 2010 p.1321

⁴⁶² Les notions de cause et d'objet sont remplacées par la notion de contenu licite et certain à l'article 1128 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016

⁴⁶³ Article 1129 du Code civil

⁴⁶⁴ Cass. Soc. 28 janvier 1998 bull civ V n°40

⁴⁶⁵ Cass. soc., 4 février 2015 pourvoi n°13-28034, L. Dauxerre, *Une indemnité de repas ne peut pas être remplacée par des indemnités de panier et des titres restaurant*, JCP S 2015 p.82

⁴⁶⁶ Cass. soc., 23 octobre 2013 pourvoi n°12-12894, G. Vachet, *Intégration d'une prime au salaire de base*, JCP S 2014 p.1070

⁴⁶⁷ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008 pourvoi n°06-44437

⁴⁶⁸ Cass. soc., 9 avril 2015 pourvoi n°13-27624, JCP S 2015 p.185

collectif, qui influence de ce fait sur le montant de la rémunération, ne constitue pas une modification du contrat de travail⁴⁶⁹.

b- La prestation

- 193.** Les solutions tenant à la modification de la prestation du salarié sont différentes selon qu'il s'agisse de la modification de la nature de la prestation (i) ou des modalités d'exercice de la prestation (ii).

i- La nature de la prestation

- 194. *Qualification et fonction.*** La qualification professionnelle du salarié et les fonctions en découlant donnent une identité au salarié au sein de l'entreprise. Elles lui permettent de s'insérer dans la communauté dans laquelle il travaille. La qualification est donc un élément déterminant du consentement de l'employeur et du salarié, et sa modification ne peut être unilatérale⁴⁷⁰. Est considéré comme une modification unilatérale, le fait pour un employeur d'appauvrir les missions et les responsabilités du salarié au point de vider son poste de sa substance⁴⁷¹, ou de ne lui confier que des attributions secondaires⁴⁷². Les tâches attribuées au salarié doivent correspondre à son emploi⁴⁷³.

- 195. *Tâches.*** Pour autant, dès l'instant où elles correspondent à la qualification et à la fonction du salarié, l'attribution aléatoire des tâches ne constitue pas une modification du contrat de travail⁴⁷⁴. De même, l'augmentation du nombre de tâches et de la cadence du travail qui n'a pas d'impact sur le temps de travail n'est pas une modification⁴⁷⁵. Se pose la difficulté de la délégation de pouvoir : le fait d'exercer un pouvoir au nom et pour le compte de l'employeur est une tâche inhérente à la fonction et à la qualification du salarié. Ainsi, si la délégation de pouvoir a été conclue au moment de la conclusion du contrat de travail, elle est considérée comme relevant de la fonction du salarié et sa révocation est

⁴⁶⁹ Cass. soc. 19 mars 2014 pourvoi n°13-00021

⁴⁷⁰ Cass. soc. 16 décembre 1998 pourvoi n°96-41845

⁴⁷¹ Cass. soc. 29 janvier 2014 pourvoi n°12-19479, F. Dumont, *L'employeur doit répondre de l'appauvrissement des missions et responsabilités du salarié*, JCP S 2014 p.1376

⁴⁷² Cass. soc., 9 décembre 2010 pourvoi n°09-40126, cité par P-H D'Ornano, *Modification du contrat de travail par réduction des responsabilités du salarié et cause exacte du licenciement*, JCP S 2011 p.1337

⁴⁷³ Cass. soc. 24 janvier 2001 pourvoi n°99-40596

⁴⁷⁴ Cass. soc. 10 mai 1999 pourvoi n°96-45673 : pour l'attribution de la tâche de ramasser des bananes à une ouvrière agricole qui cueillait habituellement des citrons

⁴⁷⁵ Cass. soc., 20 octobre 2010 pourvoi n°08-44595, commenté par M. Miné, *Rythme de travail. Modification. Modification du contrat de travail (non). Modification des conditions de travail (oui)*, Dr. Soc. 2011 p.333

analysée comme une modification du contrat de travail⁴⁷⁶. Cette solution est cohérente avec la nature contractuelle de la délégation de pouvoirs qui s'analyse en principe comme un avenant au contrat de travail.

ii- Les modalités d'exercice de la prestation

196. Il convient d'étudier la prestation dans le temps (α) et dans l'espace (β).

α . La prestation dans le temps

197. *La durée du travail.* La durée du travail est un élément contractuel⁴⁷⁷. La Cour de cassation en avait déduit que l'instauration d'une modulation du temps de travail constituait une modification du contrat de travail⁴⁷⁸. En effet, une telle modulation permettrait de modifier, en fonction des périodes auxquelles la modulation s'applique, la durée du travail. Cette jurisprudence a été combattue par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 qui a inséré au Code du travail un article L.3122-6 selon lequel « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ». La modification de la durée du travail trouve également une exception via l'utilisation du contingent d'heures supplémentaires. Bien qu'elle augmente la durée hebdomadaire du travail effectuée par le salarié, l'exécution des heures supplémentaires ne modifie pas le contrat de travail⁴⁷⁹. Cela se justifie lorsque c'est le salarié qui prend l'initiative de les effectuer puisqu'il n'existe pas de droit acquis aux heures supplémentaires, sauf engagement de l'employeur d'assurer au salarié l'exécution d'un certain nombre d'heures supplémentaires⁴⁸⁰. En principe l'exécution par le salarié d'heures supplémentaires doit faire l'objet d'une acceptation même tacite par l'employeur⁴⁸¹. En revanche, utilisé par l'employeur, le mécanisme des heures supplémentaires permet d'augmenter unilatéralement la durée de travail sans modifier le contrat de travail.

198. *La répartition du travail.* Si la durée est un élément du contrat de travail, les horaires ne le sont pas. Ils peuvent librement faire l'objet d'une modification unilatérale, sauf si cela entraîne une modification indirecte du contrat. Il existe plusieurs exceptions à ce principe.

⁴⁷⁶ Cass. soc., 6 avril 2011 pourvoi n°09-66818 ; Cass. Soc., 26 octobre 2011 pourvoi n°10-19001

⁴⁷⁷ Cass. soc., 20 octobre 1998 pourvoi n° 96-40.614

⁴⁷⁸ Cass. soc., 28 septembre 2010 pourvoi n°08-43161, N. Léger, *L'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail*, JCP S 2010 p.476

⁴⁷⁹ Cass. soc., 2 novembre 2005 pourvoi n°03-47679, Cass. soc., 9 mars 1999 pourvoi n°96-43718

⁴⁸⁰ Cass. soc., 10 octobre 2012 pourvoi n°11-10455

⁴⁸¹ Cass. soc., 2 juin 2010 pourvoi n°08-40628

D'une part, lorsque la durée du travail est contractualisée par le contrat de travail. Les salariés qui disposent d'un contrat de travail à temps partiel ne peuvent en principe pas subir de modification de la répartition de leur temps de travail⁴⁸². D'autre part, échos de l'ancienne jurisprudence fluctuante de l'appréciation des clauses substantielles ou non du contrat de travail, le travail le dimanche⁴⁸³ même autorisé par l'Administration, le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu⁴⁸⁴, et le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit⁴⁸⁵ relèvent du contrat de travail et ne peuvent faire l'objet d'une modification unilatérale. Certains juges du fond tentent de le justifier en ayant recours à l'atteinte à la vie privée du salarié⁴⁸⁶, tandis que certains auteurs réveillent l'atteinte substantielle à la relation de travail⁴⁸⁷. Il semble que la Cour de cassation tente de concilier les intérêts en présence. La définition objective de la modification du contrat de travail ne doit pas absorber la part subjective des conséquences de la modification du contrat de travail, qui porte atteinte aux éléments qui ont déterminé le consentement du salarié. L'hésitation de la Cour de cassation entre le tout pouvoir et le tout contrat se retrouve à bien des égards concernant d'autres clauses du contrat, qui peuvent et doivent pouvoir être modifiées unilatéralement par l'employeur mais... pas trop.

β. La prestation dans l'espace

199. *Lieu de travail.* L'entreprise est une institution vivante, elle n'a pas vocation à rester immobile. La contractualisation du lieu d'exercice de la prestation tuerait l'entreprise. C'est en toute logique que la Cour de cassation a décidé que « la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé, par une clause claire et précise, que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »⁴⁸⁸. Cette solution est justifiée par les dispositions de la directive CE du 14 octobre 1991. En son article 2, cette directive impose à l'employeur d'informer le salarié sur les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail, parmi lesquelles figure le lieu du travail.

⁴⁸² Cass. soc., 6 avril 1999 pourvoi n°96-45790

⁴⁸³ Cass. soc., 2 mars 2011 pourvoi n°09-43.223, *la nouvelle répartition de l'horaire de travail avait pour effet de priver le salarié du repos dominical, ce qui constituait une modification de son contrat de travail*

⁴⁸⁴ Cass. Soc., 18 septembre 2013 pourvoi n°12-18065, commenté par A. Fabre, *Certains changements d'horaires, même temporaires, peuvent constituer une modification du contrat de travail*, Dr. soc. 2013 p.1053

⁴⁸⁵ Cass. Soc., 18 septembre 2013 pourvoi n°12-18065, commenté par A. Fabre, *Certains changements d'horaires, même temporaires, peuvent constituer une modification du contrat de travail*, Dr. soc. 2013 p.1053

⁴⁸⁶ CA de Limoges 23 avril 2002, Dr. soc. 2002 p.1152 obs J. Mouly

⁴⁸⁷ A. Mazeaud, *Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*. Dr. soc. 2004 p.77

⁴⁸⁸ Cass. soc. 3 juin 2003 pourvoi n°01-43573

Le lieu du travail, élément essentiel du travail, n'a pas pour autant vocation à être contractualisé. Il s'agit d'une simple information⁴⁸⁹.

200. Secteur géographique. Cette clause permet d'apprécier le secteur géographique de travail du salarié. Le secteur géographique de travail est un élément du contrat de travail qui ne peut faire l'objet d'une modification unilatérale. Le secteur géographique se définit « eu égard à la nature de l'emploi de l'intéressé, de façon objective, en fonction de la distance entre l'ancien et le nouveau lieu de travail ainsi que des moyens de transports disponibles »⁴⁹⁰. Force est de constater que l'instabilité de la jurisprudence de la Cour de cassation démontre que l'espoir de sécurité juridique qu'elle avait engendré en abandonnant la modification des clauses substantielles, n'était qu'un espoir. Ainsi, des villes se trouvant à quarante-trois⁴⁹¹ ou soixante-dix⁴⁹² kilomètres de distance, accessibles par les transports en commun, font partie du même secteur géographique. En revanche, deux villes distantes de trente kilomètres mais reliées par une seule route sur laquelle la circulation était parfois difficile, ne font pas partie du même secteur géographique. La région parisienne n'a d'abord pas été considérée comme constituant un secteur géographique⁴⁹³. Cependant, la Cour de cassation a finalement décidé qu'une mutation d'un magasin de Paris Haussmann à Roissy n'était pas une modification du contrat⁴⁹⁴. A cette appréciation supposée objective (car indépendante de la situation du salarié) s'ajoute parfois une appréciation subjective subordonnant la qualification de modification ou non du contrat de travail. Tel est le cas pour la mutation d'un salarié dans une ville qui ne se trouve pas dans le même bassin d'emploi que le premier lieu de travail du salarié, avec un temps de trajet par transport en commun était anormalement long, alors qu'au surplus l'état de santé du salarié lui interdisait une station debout prolongée excluant qu'il puisse supporter ce temps de trajet⁴⁹⁵. Or, selon certains auteurs, « le secteur géographique, notion objective, ne peut pas être défini à partir de données propres à chaque salarié ! L'on touche sans doute ici à une limite essentielle de l'approche objective et, par conséquent, de la

⁴⁸⁹ J. Savatier, *Contrat de travail. Lieu de travail. Portée des mentions du contrat. Distinction de la modification du contrat et de la modification des conditions de travail*, Dr. Soc. 2003 p.884 ; adde A. Mazeaud, *Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*, Dr. Soc. 2004 p.77

⁴⁹⁰ CE 23 décembre 2014 pourvoi n°364616

⁴⁹¹ Cass. soc. 16 novembre 2010 pourvoi n°09-42337

⁴⁹² Cass. soc. 13 mai 2013 pourvoi n°12-15461

⁴⁹³ Cass. soc. 20 octobre 1998 pourvoi n°96-40.757

⁴⁹⁴ Cass. soc. 15 juin 2004 pourvoi n°01-44.707

⁴⁹⁵ Cass. soc. 26 janvier 2011 pourvoi n°09-40285

notion de secteur géographique »⁴⁹⁶. En réalité, il s'agit encore pour la Cour de cassation de concilier les intérêts en présence : la force obligatoire a un fondement subjectif consistant dans le consentement au contrat. Le lieu de travail n'est pas un élément déterminant le consentement de l'employeur qui au contraire a tout intérêt à ce qu'il ne soit pas contractuel. En revanche, pour le salarié, le lieu de travail est un élément essentiel pour l'exercice de sa prestation. La Cour de cassation a souhaité objectiver le fondement subjectif de la force obligatoire du contrat de travail, à défaut de pouvoir trouver un accord entre les parties.

201. Dérogation au secteur géographique. La Cour de cassation est allée plus loin dans la prise en compte de la situation subjective du salarié pour qualifier ou non une modification du contrat de travail. « Le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique »⁴⁹⁷. Il est fait ici exception au critère du secteur géographique pour qualifier une modification du contrat à raison de la modification du lieu de travail. La précision tenant à la fonction du salarié a été écartée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 février 2010⁴⁹⁸. Plus que la prise en compte de la situation du salarié, cet arrêt prend en compte la situation de l'entreprise, qui doit être exceptionnelle et temporaire. Certains auteurs y voient un oubli de la Haute juridiction⁴⁹⁹. Il s'agirait davantage de prendre en compte la liberté fondamentale d'entreprendre de l'employeur, concrétisée dans la sauvegarde économique de son entreprise. Les exceptions au critère objectif du secteur géographique tiennent le plus souvent à la situation particulière du salarié ou de l'entreprise. Outre le cas du déplacement occasionnel du salarié effectué dans l'intérêt de l'entreprise, la modification du lieu de travail contractuel des salariés dont la mobilité⁵⁰⁰ ou la sédentarité⁵⁰¹ est inhérente à leurs fonctions ne s'apprécie pas au regard du secteur géographique. Dans la première hypothèse, l'employeur peut imposer au salarié des missions éloignées de son lieu de travail habituel ; dans la deuxième hypothèse, le fait

⁴⁹⁶ F. Canut, *Le secteur géographique*, Dr. soc. 2011 p.923

⁴⁹⁷ Cass. soc. 22 janvier 2003 pourvoi n°00-43826

⁴⁹⁸ Cass. soc. 3 février 2010 pourvoi n°08-41412

⁴⁹⁹ C. Radé, *Contrat de travail. Secteur géographique. Affectation exceptionnelle. Conditions*, Dr. Soc. 2010 p.470

⁵⁰⁰ Cass. soc. 11 juillet 2012 pourvoi n°10-30219 pour un salarié dont « le déplacement s'inscrit dans le cadre habituel de son activité ».

⁵⁰¹ Cass. soc. 12 février 2014 pourvoi n°12-23051 pour un salarié dont tout ou partie de sa prestation de travail s'exécutait à son domicile

d'imposer à un salarié de quitter son domicile est une modification unilatérale du contrat de travail. La force obligatoire du contrat de travail prend différentes tonalités selon la situation des parties. Pour plus de sécurité, les parties peuvent contractualiser ces clauses informatives afin d'encadrer la qualification de modification du contrat de travail.

2- Les clauses contractualisant

202. Les clauses du contrat de travail dont la modification entraîne la modification du contrat ont été déterminées par la jurisprudence au regard d'éléments objectifs (la définition du contrat de travail) et subjectifs (le consentement du salarié). Cependant, le contrat de travail, de par la volonté des parties, peut prévoir des qualifications contraires. Certaines clauses peuvent renforcer les qualification jurisprudentielles en prévoyant une intangibilité au profit du salarié⁵⁰². Parallèlement, des clauses peuvent prévoir plus de souplesse. Les clauses de variabilité au profit du seul employeur sont en principe illicites (a). Par exception, il peut être mis en place par les parties des clauses qui ne sont pas purement potestatives et ne relèvent donc pas de leurs volontés (b).

a- Les clauses potestatives

203. *Le contenu.* « La clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi »⁵⁰³. Le contrat ne peut pas stipuler un droit pour l'employeur de le modifier de manière unilatérale à sa bonne volonté. Ainsi, par exemple, une clause du contrat ne peut permettre à l'employeur de transformer un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel⁵⁰⁴.

204. *Le fondement.* De manière surprenante, la Cour de cassation fait de nouveau appel à l'article 1134 alinéa 2 du Code civil. La Cour d'appel avait préféré mobiliser l'article 1174 du Code civil prohibant les clauses purement potestatives au profit d'une partie. Cet article ne semble s'appliquer que si la clause constitue une condition de l'obligation, c'est-à-dire un événement futur et certain conditionnant la réalisation ou l'extinction de l'obligation⁵⁰⁵. La Cour de cassation appréhende ainsi de manière large la notion de condition au sens de

⁵⁰² Cass. soc., 18 février 2015 pourvoi n°13-17582 : pour les horaires de travail

⁵⁰³ Cass. soc., 27 février 2001 pourvoi n°99-40.219

⁵⁰⁴ Cass. soc., 29 juin 1999 pourvoi n° 97-42.248

⁵⁰⁵ Article 1168 du Code civil.

l'article 1174 du Code civil, qui paraît prohiber toute forme de potestativité de la part d'un cocontractant. Cet article est, en l'espèce, à lire en parallèle avec l'article 1129 du Code civil. Imposant que l'objet du contrat soit déterminé ou déterminable, il entraîne la nullité des contrats qui subordonnent la détermination de l'objet à la volonté unilatérale de l'une des parties⁵⁰⁶. Le jeu combiné de ces articles exclut la détermination unilatérale du contenu obligationnel par l'une des parties au contrat. Cependant, l'article 1129 est inapplicable en matière de détermination du prix⁵⁰⁷, et en conséquence devrait être jugé inapplicable en matière de détermination de la rémunération. Le droit commun est insuffisant pour fonder l'illicéité des clauses de modification unilatérale par l'employeur. Il faut donc faire appel aux notions de droit spécial des contrats, à l'instar du contrat de vente pour lequel la détermination du prix est essentielle, pour lequel l'application de l'article 1129 du Code civil est écartée en raison de l'article 1583 du même Code⁵⁰⁸. Le contrat de travail, contrat spécial, nécessite un prix déterminé ou déterminable qui ne dépende pas de la volonté unilatérale de l'employeur.

b- Les clauses objectives

205. En raison de la liberté contractuelle, est possible aux parties de prévoir plus de flexibilité dans la détermination de la rémunération (i) et de la prestation (ii).

i- La rémunération

206. *Les clauses d'adaptation d'automatique.* Afin de contourner l'intangibilité du contrat et d'en faire un acte juridique vivant, les clauses d'indexation automatique des prix se sont imposées dans la pratique et en jurisprudence. En droit du travail, la rémunération doit être au moins égale à un minimum prévu par la loi ou la convention collective applicable dans l'entreprise. La réglementation de la détermination du montant de la rémunération justifie l'encadrement des clauses d'indexation automatique du salaire. Ainsi, est nulle la clause qui fixe le montant du salaire sur le salaire minimum de croissance en vue de la fixation et de la révision des salaires⁵⁰⁹. Est également illicite la clause d'indexation portant sur le niveau général des prix⁵¹⁰, le niveau général des salaires⁵¹¹, le prix de biens, produits ou

⁵⁰⁶ Cass. com. 19 novembre n°94-14530 1995 BC IV n°275

⁵⁰⁷ Cass., ass. plen., 1^{er} décembre 1995 pourvoi n°91-15578

⁵⁰⁸ « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

⁵⁰⁹ C. trav. art., L. 3231-3. – Cass. soc., 18 mars 1992, pourvoi n° 88-43.434 : Bull. civ. 1992, V, n° 188

⁵¹⁰ Cass. soc., 13 déc. 2006, pourvoi n° 05-44.073 : Bull. civ. 2006, V, n° 374

services sans rapport avec l'activité de l'entreprise⁵¹² ou le taux d'inflation⁵¹³. La nullité est d'ordre public. Toutefois, toutes les clauses d'adaptation ne sont pas prohibées. La clause d'indexation peut porter sur un rattrapage fixe semestriel ne faisant référence à aucun indice des prix⁵¹⁴. La clause de rémunération peut aussi retenir une indexation sur un indice présentant un lien avec l'activité de l'entreprise, telle que la clause prévoyant la révision du salaire selon la valeur du point fixée pour les employés du bâtiment dès lors que l'activité de l'employeur a une relation directe avec les salaires des employés du bâtiment⁵¹⁵ ; ou avec l'activité professionnelle du salarié⁵¹⁶. De manière plus générale, la clause d'indexation fait référence au salaire d'une catégorie professionnelle déterminée par les conventions collectives⁵¹⁷. Les clauses d'indexation automatique du salaire permettent de le faire varier sans l'intervention des parties et sans que cela ne constitue une modification du contrat de travail.

207. Les clauses de variabilité. Des clauses de variabilité du salaire peuvent également être prévues par les parties. Elles ne sont licites que si elles sont fondées sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur⁵¹⁸, qu'elles ne font pas peser le risque de l'entreprise sur le salarié⁵¹⁹ et qu'elles n'ont pas pour effet de baisser la rémunération en-dessous des minimas légaux ou conventionnels⁵²⁰. Parmi les éléments objectifs sur lesquels peut être fondée la clause de variabilité figurent les objectifs fixés pour les salariés. Ces objectifs peuvent être fixés unilatéralement par l'employeur⁵²¹ dès lors qu'il n'intervient pas dans leur réalisation par le salarié⁵²². La clause doit prévoir des critères précis et objectifs permettant de déterminer les objectifs du salarié, qui doivent être réalistes⁵²³. L'encadrement de la clause permet que la modification de la rémunération, qui n'est pas une modification du contrat de travail mais sa stricte application, ne soit pas le fait de la volonté discrétionnaire de l'employeur et sauvegarde ainsi le bilatéralisme du contrat.

⁵¹¹ Rapp. Cass. soc., 5 nov. 1984, pourvoi n° 82-10.511

⁵¹² Cass. soc., 7 févr. 1985, pourvoi n° 81-42.708

⁵¹³ Cass. soc., 13 déc. 2006, pourvoi n° 05-44.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 374

⁵¹⁴ Cass. soc., 11 mars 1998, pourvoi n° 95-45.442

⁵¹⁵ Cass. soc., 12 févr. 1969, pourvoi n° 67-40.433 : *Bull. civ.* 1969, V, n° 94

⁵¹⁶ Cass. soc., 8 novembre 1984 pourvoi n° 82-42.149

⁵¹⁷ Cass. 3^e civ., 15 févr. 1972, pourvoi n° 70-13.280 : *Bull. civ.* 1972, III, n° 100

⁵¹⁸ Cass. soc., 23 févr. 2000, pourvoi n° 98-40.482

⁵¹⁹ Cass. soc., 15 févr. 2012, pourvoi n° 09-72.283

⁵²⁰ Cass. Soc., 2 juillet 2002 pourvoi n° 00-13.111

⁵²¹ Cass. soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977

⁵²² Cass. soc., 23 févr. 2000, pourvoi n° 98-40.482.

⁵²³ Cass. soc., 15 févr. 2012, pourvoi n° 09-72.283

ii- La prestation

208. *La nature de la prestation.* La modification des fonctions du salarié entraîne en principe la modification du contrat. Toutefois, à l'occasion d'une promotion du salarié, une clause du contrat (la période probatoire) peut réserver à l'employeur le droit de le replacer unilatéralement dans ses anciennes fonctions s'il ne satisfait pas à l'exercice des nouvelles. A l'expiration de la période probatoire, le salarié est promu définitivement⁵²⁴. Cette clause pallie l'impossibilité de stipuler une période d'essai en pleine exécution du contrat de travail⁵²⁵. Toute période d'essai qui serait stipulée entre les mêmes parties à l'occasion d'une modification du contrat en raison du changement des fonctions du salarié serait requalifiée en clause probatoire⁵²⁶. La période probatoire permet de concilier les intérêts du salarié d'être promu et d'évoluer dans l'entreprise, et les intérêts de l'employeur d'avoir des salariés compétents aux postes qui leur sont adaptés. Dans le meilleur des cas, la période probatoire s'écoule sans que l'employeur n'ait à replacer le salarié dans ses anciennes fonctions. Dans le pire des cas, le salarié retrouve son ancien poste et le contrat ses anciennes dispositions. Elle n'a pas vocation à permettre une modification temporaire du contrat de travail. La modification temporaire du contrat de travail a été admise parallèlement par la jurisprudence via les clauses de modification temporaire des attributions du salarié⁵²⁷. L'avenant stipulant la modification temporaire du contrat de travail évite que le retour du salarié dans ses anciennes fonctions ne soit une modification du contrat de travail⁵²⁸. L'intangibilité du contrat confronte la vocation évolutive de l'institution.

209. *Le lieu de la prestation.* D'autres types de clause permettent aux parties de contourner l'intangibilité du contrat de travail. La clause de mobilité permet notamment à l'employeur de modifier unilatéralement le lieu de travail du salarié. La clause doit être expresse et « définir de manière précise sa zone géographique d'application »⁵²⁹. N'est pas précise la clause qui prévoit que le salarié pourra être muté dans un des établissements présents ou futurs de l'entreprise⁵³⁰. En revanche, la clause entraînant la mutation définitive du salarié

⁵²⁴ Cass. soc., 21 juin 2005, pourvoi n°02-47598

⁵²⁵ Cass. soc., 30 nov. 2005, pourvoi n° 03-47.396 : le salarié ne peut renoncer à l'application des dispositions du Code du travail relatives au droit du licenciement.

⁵²⁶ Cass. soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-41797

⁵²⁷ Cass. soc., 31 mai 2012 pourvoi n°10-22.759

⁵²⁸ F. Dumont, *Un avenant au contrat de travail peut prévoir une modification temporaire des attributions du salarié*, JCP S 2012 p.1356

⁵²⁹ Cass. soc., 7 juin 2006 pourvoi n° 04-45.846

⁵³⁰ Cass. soc., 14 octobre 2008 pourvoi n°07-42352

peut prévoir un périmètre correspondant à la France métropolitaine⁵³¹. En tout état de cause, la clause ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. Cette interdiction de la potestativité a d'abord été fondée sur l'article 1134 du Code civil⁵³². La Cour de cassation la fonde désormais sur l'article 1174 du Code civil⁵³³. En effet, le jeu des articles 1174 et 1129 du Code civil s'applique de nouveau : la clause doit être déterminée ou déterminable et ne peut être déterminée ou déterminable de par la seule volonté de l'employeur.

210. *Le temps de la prestation.* La répartition du temps de travail est, quant à elle, contractualisée s'agissant des salariés à temps partiel. Sa modification par l'employeur est une modification du contrat de travail. Toutefois, l'article L.3123-14 du Code du travail « contractalise le changement »⁵³⁴ des horaires du salarié de manière unilatérale par l'employeur. Cet article dispose que le contrat de travail à temps partiel est un contrat écrit qui mentionne : « les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ; les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ; les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat ». Une clause du contrat peut donc prévoir que l'employeur peut, sans modifier le contrat de travail à temps partiel, faire varier les horaires de travail du salarié de manière unilatérale.

§2. Le régime de la modification

211. De la qualification de modification découle le régime de la modification. La modification du contrat touche à l'essence normative du contrat. Elle ne peut en principe qu'être mise en œuvre de manière spontanée par les deux parties (I). Cependant, l'entreprise étant une institution vivante, le contrat de travail ne peut rester intangible tout le temps de la carrière

⁵³¹ Cass. soc., 29 octobre 2014 pourvoi n°13-11010

⁵³² Cass. soc., 14 octobre 2008 pourvoi n°07-42352, C. Radé, *Clause de mobilité. Objet. Définition précise. Clause de modification. Inefficacité*, Dr. Soc. 2009 p.112

⁵³³ Cass. soc., 20 févr. 2013, pourvoi n° 11-27.612

⁵³⁴ A. Mazeaud, *Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*, Dr Soc. 2004 p.77

du salarié. Le contrat peut être modifiée, à l'instar de la révocation, « pour les causes que la loi autorise »⁵³⁵ (II).

I. La modification spontanée

- 212.** Le régime de droit commun de la modification du contrat de travail est essentiellement jurisprudentiel (A). Toutefois, la loi est venue encadrer le régime de la modification pour motif économique du contrat (B).

A) La modification de droit commun du contrat de travail

- 213.** *L'accord.* Jusqu'en 1987, le consentement du salarié à la modification de son contrat par l'employeur était présumé, sauf si une clause prévoyait un écrit⁵³⁶. L'exécution, par le salarié, de son contrat aux nouvelles conditions valait acceptation tacite de la modification. Ce principe rendait possible la modification unilatérale du contrat par l'employeur : rares sont les salariés qui tiennent à leurs emplois et qui contestent les décisions de l'employeur. « Tant que la soumission valait acceptation des modifications du contrat, le contrat n'était en pratique qu'un chiffon de papier ». « Le contenu des contrats était ainsi en pratique à la disposition des employeurs »⁵³⁷.
- 214.** *L'accord exprès.* La chambre sociale de la Cour de cassation met fin à cette pratique par son arrêt Raquin du 8 octobre 1987⁵³⁸. Au visa de l'article 1134 du Code civil, elle arrête que la modification du contrat de travail ne peut résulter de la poursuite de l'exécution de la prestation par le salarié. A contrario, la modification du contrat de travail ne peut résulter que de l'accord exprès des parties. Ainsi, « l'acceptation de la modification du contrat de travail que constitue la baisse de la rémunération contractuelle ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté et ne peut se déduire d'un acquiescement implicite, d'une absence de protestation et de réclamation ou de la seule poursuite du contrat modifié »⁵³⁹. L'acceptation du salarié doit être accordée dans tous les cas de modification du contrat de travail, même lorsque la proposition de modification faite par l'employeur trouve son origine dans une faute disciplinaire du salarié⁵⁴⁰. Si le

⁵³⁵ Futur article 1193 du Code civil

⁵³⁶ Cass. soc., 1^{er} décembre 1971 bull Civ V n°702

⁵³⁷ G. Auzero, E. Dockès *Droit du travail*, Dalloz, 28^{ème} ed. p.638

⁵³⁸ Cass. soc., 8 octobre 1987 bull civ V n°541

⁵³⁹ Cass. soc., 25 janvier 2011 pourvoi n°09-41643

⁵⁴⁰ A. Mazeaud, *Contractuel mais disciplinaire*, Dr. soc. 2003 p.164

salarié fautif refuse la modification du contrat, l'employeur peut prononcer une autre sanction dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire⁵⁴¹.

215. *L'absence d'accord.* Le contrat est le siège du bilatéralisme. En l'absence d'accord du salarié à la modification de son contrat de travail, la force obligatoire du contrat veut qu'il ne peut être modifié. Sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation arrête que « lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail, l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences de son refus en engageant la procédure de licenciement »⁵⁴². « Et pour assurer l'intangibilité du contrat, le juge des référés peut même ordonner à une partie de reprendre les relations contractuelles qu'elle a fait cesser de manière illicite »⁵⁴³. En outre, l'employeur qui n'a ni licencié le salarié, ni poursuivi le contrat aux anciennes conditions viole son obligation de fournir du travail au salarié, auquel il ne peut de ce fait reprocher une faute qu'il aurait commise postérieurement à son refus de la modification du contrat de travail⁵⁴⁴. La force obligatoire du contrat de travail est protégée de l'unilatéralisme de l'employeur.

B) La modification du contrat de travail pour motif économique

216. *L'accord éclairé.* La modification du contrat prenant la forme d'un avenant au contrat, elle doit réunir les conditions de validité de droit commun du contrat. Afin d'assurer le consentement éclairé du salarié, la loi a prévu en matière de modification pour motif économique que l'employeur devait en faire la proposition par lettre recommandée avec avis de réception⁵⁴⁵ qui doit l'informer de ses nouvelles conditions d'emploi, comme des mesures accompagnant cette modification⁵⁴⁶.

217. *L'accord tacite.* La lettre doit informer le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus⁵⁴⁷. Ce délai est incompressible, aucune modification ne peut être engagée avant son issue, ni aucun refus de modification.

⁵⁴¹ Cass. soc., 1^{er} avril 2003 pourvoi n° 01-40389, A. Mazeaud, *Modification du contrat de travail. Rétrogradation. Sanction disciplinaire. Défaut d'accord du salarié*, Dr. Soc. 2003 p.666

⁵⁴² Cass. soc., 13 juillet 2004 pourvoi n° 02-43.015

⁵⁴³ Paris 28 janvier 2009, RTD Civ 2009 p.529 B. Fages

⁵⁴⁴ J. Mouly, *Modification du contrat. Refus de la modification. Refus de l'employeur de rétablir le salarié dans son ancien emploi. Violation de l'obligation de loyauté. Licenciement disciplinaire pour faute lourde. Impossibilité de l'employeur de se prévaloir du comportement fautif du salarié postérieur à son refus*. Dr Soc 2004 p.1038

⁵⁴⁵ C. trav. art., L.1222-6

⁵⁴⁶ Cass. soc. 30 janvier 2008 pourvoi n° 06-42000

⁵⁴⁷ Cass. soc., 3 mars 2009 pourvoi n° 07-42850

A l'issue de ce délai d'un mois⁵⁴⁸ ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire⁵⁴⁹, le silence du salarié vaut acceptation de la modification. Le principe est inversé par rapport au droit commun de la modification du contrat de travail, l'acceptation de la modification est présumée. La force obligatoire du contrat est tempérée, sans être opérée sans l'accord du salarié, la modification ne nécessite plus son accord exprès. Il s'agit de protéger le salarié des effets de son refus d'acceptation.

218. *L'absence d'accord.* A défaut d'accord, le salarié peut être licencié pour motif économique. Le licenciement pour motif économique est fondé par un élément causal, le motif économique, et un élément matériel, la suppression de poste ou la modification refusée par le salarié⁵⁵⁰. Le refus de la modification est l'élément matériel du licenciement pour motif économique. L'élément causal est le motif économique invoqué par l'employeur pour motiver la modification. Ce motif doit correspondre aux motifs énoncés par l'article L.1233-3 du Code du travail tel qu'interprété par la jurisprudence. L'accord tacite du salarié prévient donc son licenciement. Toutefois, le salarié n'est pas exclu de toute protection du fait que le licenciement soit consécutif à un refus de modification de son contrat de travail. L'employeur doit, en application des règles relatives au licenciement pour motif économique, tenter de reclasser le salarié⁵⁵¹. Reclassement qui, lorsqu'il est accepté par le salarié, entraîne précisément la modification du contrat de travail.

II. La modification forcée

219. Ces principes ont un aspect presque théorique. La modification du contrat de travail ne peut être envisagée indépendamment de la subordination du salarié à son employeur (A) ainsi que des circonstances entourant les relations de travail entre le salarié et l'employeur (B).

⁵⁴⁸ Le délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour de la réception de la lettre recommandée contenant la proposition. L'appréciation de la date de réponse du salarié se fait eu égard au jour d'envoi de sa lettre, cass soc., 3 mars 2009 prec.

⁵⁴⁹ C.trav. art., L.1222-6

⁵⁵⁰ C.trav. art., L.1233-3

⁵⁵¹ Cass. soc., 7 avril 2004 pourvoi n° 01-44191, G. Couturier, *Modification du contrat de travail. Refus. Licenciement pour motif économique. Obligation de reclassement. Exécution déloyale.* Dr. Soc. 2004 p.670

A) La modification subordonnée

220. *L'accord libre du salarié.* En respect de la force obligatoire du contrat de travail, il est de jurisprudence constante que la modification du contrat de travail doit être acceptée par le salarié. Tel que cela a été rappelé, la modification prend une nature contractuelle et doit répondre des conditions de validité de droit commun du contrat, comprenant notamment un consentement libre et éclairé. S'il est fait en sorte que le consentement du salarié soit éclairé, il est rarement libre. Le salarié est lié avec son employeur par un lien de subordination. Outre les esprits téméraires, le réflexe des salariés qui tiennent à leur emploi est d'admettre la modification proposée par leur employeur de peur d'être sanctionnés par la suite. Cette crainte est d'autant plus forte que le salarié qui refuse la modification peut se faire licencier lorsque le motif ayant poussé l'employeur à proposer la modification est une cause réelle et sérieuse de licenciement⁵⁵². La modification du contrat de travail est valable puisqu'elle réunit le consentement des deux parties, mais le consentement du salarié pourrait être jugé vicié. En droit allemand, il existe le concept du licenciement modificateur. L'employeur qui souhaite modifier le contrat de travail du salarié lui fait une proposition de modification. Le salarié a trois choix : soit il accepte la modification, soit il accepte la modification avec réserve, soit il refuse la modification. Lorsqu'il accepte la modification avec réserve, le salarié a un laps de temps, à l'issue duquel le contrat est automatiquement modifié, pour saisir le juge pour déterminer si la modification était ou non justifiée. Si elle ne l'était pas, le contrat se poursuit aux conditions antérieures, si elle l'était, le contrat se poursuit aux nouvelles conditions. Lorsque le salarié refuse la modification, il peut être licencié et son contrat de travail prend fin à l'issue d'un délai de préavis. Il peut alors saisir le juge qui va déterminer si la modification était justifiée. Si elle l'était, le licenciement l'est également. Le licenciement modificateur est un moyen de faire pression sur le salarié allemand afin qu'il accepte la modification de son contrat⁵⁵³.

221. *Le refus motivé de l'employeur.* La subordination du salarié à son employeur a une contrepartie, il bénéficie d'une protection particulière. Si l'employeur peut officieusement décider unilatéralement de la modification de son contrat de travail, le salarié le peut officiellement. La loi Aubry II n°2000-37 du 19 janvier 2000 donne la possibilité au salarié de demander la modification de son contrat de travail à temps plein en contrat de

⁵⁵² Il peut s'agir d'un licenciement pour motif économique, ou d'un licenciement disciplinaire en raison du refus du salarié d'être rétrogradé.

⁵⁵³ M. Zumfeld, *Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée*, in *Tendance actuelle du droit social allemand*, Bulletin de droit comparé du droit du travail et de la sécurité sociale, 1998 p.66-83

travail à temps partiel⁵⁵⁴ en raison des besoins de sa vie familiale. Les conditions de la demande du salarié doivent être prévues par accord collectif. La réponse de l'employeur est présumée positive, son refus doit être motivé par des conditions objectives. Il faut en déduire qu'en principe, l'employeur accepte, et par exception il dispose d'arguments objectifs justifiant son refus. L'unilatéralisme n'est donc pas totalement exclu en matière de modification du contrat de travail, quoiqu'il faille mesurer l'impact de ces dispositions. Une nouvelle fois, la position subordonnée du salarié l'empêche très certainement de contester le refus de l'employeur, voire de faire la demande en amont de modification du contrat de travail. Il est constant que le temps partiel est plus subi que choisi.

B) La modification circonstanciée

222. En principe, la force obligatoire du contrat en fait un acte intangible. Le contrat est un acte de prévision⁵⁵⁵ des parties. Cependant, la nature humaine n'étant pas prévisible, l'intangibilité du contrat de travail est inenvisageable. Afin de tenir compte de la vocation évolutive de l'entreprise et de la personne du salarié, la force obligatoire du contrat est bousculée, la norme est altérée. Aux dépens de la force obligatoire du contrat, il est tenu compte de la contingence (1) et de la nécessité (2) extérieures au contrat afin de forcer l'employeur à proposer sa modification.

1- La prise en compte de la contingence

223. La contingence est la possibilité d'être ou d'avoir été, elle est ce qui peut arriver ou peut ne pas arriver, elle est l'impossibilité d'anticiper toutes les circonstances. Le salarié doit en être protégé. Corrélativement au renforcement de la force obligatoire concernant la libre révocabilité du contrat de travail, la force obligatoire concernant l'intangibilité du contrat est atteinte au profit de la protection de l'existence du contrat. Préservant le droit fondamental à l'emploi du salarié, le législateur préfère modifier le contrat plutôt que de le voir rompu dans les cas où un changement des circonstances l'empêche d'être poursuivi aux termes auxquels il a été conclu. Il s'agit des hypothèses de reclassement du salarié. Ce principe a la nature d'une révision pour imprévision (a). Le régime mis en place par le législateur et la jurisprudence est favorable au salarié (b).

⁵⁵⁴ C.trav. art., L.3123-5

⁵⁵⁵ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision* in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz 1999 p.643

a- La nature du reclassement

224. *Le refus de la révision pour imprévision.* Historiquement, le juge civil s'est toujours refusé de porter atteinte à la substance contractuelle lorsque l'une des parties éprouve des difficultés à exécuter son contrat en raison du changement de circonstances. Alors que le juge administratif accepte d'obliger l'un des cocontractants à payer à l'autre une indemnité s'il ne modifie pas le contrat de travail afin d'en rendre l'exécution possible par l'autre partie⁵⁵⁶ ; le juge judiciaire refuse « de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants »⁵⁵⁷. Le contrat est une loi, et n'est qu'une loi.

225. *L'admission de la révision pour imprévision.* Le contrat de travail doit cependant préserver la personne du salarié. Dès lors, si un bouleversement des circonstances vient rendre l'exécution du contrat par l'une des parties très difficile (voire impossible), il ne doit pas pour autant entraîner la cessation automatique du contrat, ni sa poursuite au détriment de la partie défavorisée. Le cocontractant doit prendre en compte la situation de cette partie afin de lui permettre d'exécuter son contrat, quitte à ce que ce contrat soit modifié d'un commun accord des parties. Il s'agit de révisions pour imprévision, le reclassement proposé par l'employeur au salarié qui ne peut poursuivre l'exécution de son contrat initial est « un acte de réemploi »⁵⁵⁸. Le législateur a tenu à prendre en compte le changement de la situation du salarié au cours de l'exécution du contrat de travail, rendant celle-ci difficile. D'abord dans un souci de justice, la loi du 7 janvier 1981 n° 81-3 a affirmé que le salarié qui était déclaré par le médecin du travail inapte à travailler en raison d'une maladie professionnelle, devait faire l'objet d'un reclassement de la part de son employeur dans « un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail »⁵⁵⁹. Cette solution a été étendue dans un premier temps par la jurisprudence⁵⁶⁰ puis par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 aux maladies non professionnelles. La même obligation de reclassement s'impose dans le cadre d'un licenciement pour motif économique. La Cour de

⁵⁵⁶ CE 30 mars 1916 affaire Dite du « Gaz de Bordeaux », n° 59928

⁵⁵⁷ Cass. civ 6 mars 1876 arrêt dit « Canal de Craponne ».

⁵⁵⁸ F. Favennec-Héry, *Le reclassement : une mutation en cours*, Dr. Soc. 2011 p.402

⁵⁵⁹ C.Trav Art. L.122-32-5 Ancien

⁵⁶⁰ J-Y Frouin, *Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2010 p.1088

cassation a jugé sur le fondement de l'obligation de loyauté (ou de bonne foi) de l'employeur, qu'il ne pouvait licencier un salarié sans avoir satisfait à une obligation de reclassement et de formation du salarié⁵⁶¹. Le droit du travail a ainsi précédé le droit commun des contrats⁵⁶². Depuis 1992⁵⁶³, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet que l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi entraîne pour les parties une obligation de renégocier le contrat lorsque le changement de circonstances depuis sa conclusion en a rendu l'exécution par l'une des parties particulièrement difficile et onéreuse, notamment en prenant « des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels »⁵⁶⁴.

226. *Les fondements de l'admission de la révision pour imprévision.* L'obligation de renégocier le contrat en cas d'imprévision est fondée par la Cour de cassation et la doctrine majoritaire sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil prévoyant l'exécution des obligations de bonne foi. Cependant, certains auteurs⁵⁶⁵ ont pu avancer que l'obligation de mettre son cocontractant en mesure d'exécuter le contrat est une obligation à part entière dégagée par le juge, fondée sur l'article 1135 du Code civil⁵⁶⁶, indépendante de l'obligation de bonne foi qui n'est qu'un guide sur la manière d'exécuter les obligations prévues. L'ordonnance du 10 février 2016 portant modification du droit des obligations met fin à la controverse en prévoyant un fondement spécial à la révision pour imprévision. L'article 1995 dispose que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». La révision pour imprévision est souvent étudiée à l'aune des pouvoirs du juge face au contenu du contrat. Toutefois, la révision pour imprévision, tel que ces termes le laissent penser, n'est rien d'autre qu'une modification du contrat en

⁵⁶¹ Cass. soc., 25 février 1992 pourvoi n° 89-41634

⁵⁶² M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 2è ed PUF, p.483

⁵⁶³ Cass. com. 3 novembre 1992 pourvoi n°90-18547 dit « Huard »

⁵⁶⁴ Cass. com. 24 novembre 1998 pourvoi n°96-18357 dit « Chevassus-Marche »

⁵⁶⁵ H. Juillet-Régis, *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse 2015 n°460

⁵⁶⁶ « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

raison d'un événement que les parties n'avaient pas prévu à sa conclusion et qui vient en empêcher la correcte exécution. La notion doit être détachée de l'implication du juge : les parties peuvent prendre l'initiative ou y être forcée comme en matière de droit du travail sans que le juge n'intervienne. Il ne s'agira pas moins d'une modification du contrat en raison d'un événement imprévisible. Dès lors qu'il est admis que la prévision est un fondement de la force obligatoire du contrat⁵⁶⁷, il est également admis que la révision pour imprévision porte atteinte à la force obligatoire du contrat. Cette atteinte est néanmoins justifiée par le fait que le contrat de travail porte sur la personne du salarié. En outre, la modification qui résulte de la révision pour imprévision est un acte de nature contractuel, elle répond donc du régime du droit commun des contrats.

b- Le régime du reclassement

227. Le régime du reclassement est différent selon qu'il est issue de la prise en compte de la situation du salarié (i) ou de l'entreprise (ii).

i- La prise en compte de la situation du salarié

228. *Qui ?* L'obligation de reclasser le salarié dont la situation ne lui permet plus d'exécuter correctement son contrat de travail est une obligation contractuelle. Elle n'appartient qu'à l'employeur et non aux entreprises du groupe au sein desquelles il doit rechercher les postes qui conviendraient au salarié⁵⁶⁸.

229. *Quand ?* Cette obligation joue lorsqu'un salarié a été déclaré inapte à son poste ou apte avec réserve⁵⁶⁹. Le salarié se trouve dans une situation imprévisible qui rend l'exécution de son contrat de travail difficile. En principe l'inaptitude ne peut être constatée par le médecin du travail qu'après deux rendez-vous espacés de deux semaines⁵⁷⁰. Par exception, lorsque le salarié est dans une situation particulièrement dangereuse, le médecin du travail peut prononcer l'inaptitude après une seule visite⁵⁷¹. Les recherches d'un poste de

⁵⁶⁷ H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz 1999 p.643 ; P. Lokiec, *Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007 p.321

⁵⁶⁸ Cass. soc., 24 juin 2009 pourvoi n°07-45656

⁵⁶⁹ C. trav. art., L1226-2 et L. 1226-10

⁵⁷⁰ C. trav. art., R. 4624-31

⁵⁷¹ Cass. soc., 16 décembre 2010 pourvoi n°09-66954

reclassement par l'employeur doivent être réalisées postérieurement à l'avis rendu par le médecin du travail⁵⁷².

230. *Quoi ?* En effet, l'employeur, tenu de proposer un poste approprié aux capacités du salarié, doit nécessairement s'appuyer sur les conclusions et propositions du médecin du travail⁵⁷³, ce qu'il ne peut faire qu'après que le médecin du travail a rendu son avis. Le poste proposé doit respecter les recommandations du médecin du travail et s'apparenter au mieux aux anciennes fonctions du salarié. L'employeur n'est pas tenu de créer un poste pour le proposer au salarié inapte⁵⁷⁴. En revanche il doit pouvoir prouver⁵⁷⁵ qu'il a mis en œuvre des mesures telles que la mutation, la transformation de poste de travail ou des aménagements du temps de travail au sein de l'entreprise et du groupe auquel elle appartient afin de pouvoir proposer un poste adapté au salarié⁵⁷⁶, même si celui-ci est déclaré inapte à tout poste dans l'entreprise par le médecin du travail. La loi n°2015-994 du 17 août 2015 a tenté de combattre cette jurisprudence en ajoutant à l'article L. 1226-12 du Code du travail que l'employeur peut rompre le contrat de travail sans recherche de reclassement préalable si le médecin du travail a déclaré le salarié inapte à tout poste dans l'entreprise. Toutefois cette disposition n'est prévue qu'à l'occasion d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle ou un accident du travail. L'incertitude se pose toujours concernant les inaptitudes consécutives aux maladies non professionnelles. De plus, la question de l'effet relatif du contrat de travail est sous-jacente : la négociation en vue de la modification d'un contrat de travail peut avoir des effets sur les autres salariés. Même s'ils ne sont pas tenus des obligations contractuelles liant l'employeur et le salarié inapte, l'interdépendance des contrats de travail implique que la modification d'un contrat peut entraîner à tout le moins les changements des conditions de travail d'autres salariés.

231. *Comment ?* Le reclassement n'aura un impact sur les autres salariés de l'entreprise que s'il est accepté par le salarié inapte. L'offre doit répondre des conditions de droit commun du contrat : elle doit être suffisamment précise pour que le salarié puisse accepter ou refuser en connaissance de cause. Le salarié n'est pas tenu d'accepter le poste, et son refus n'est pas abusif si le reclassement aurait entraîné une modification de son contrat de

⁵⁷² Cass. soc., 6 janvier 2010 pourvoi n°08-44177, P-Y Verdkindt, *Recherche de reclassement du salarié inapte : sur qui pèse la charge de la preuve ?*, JCP S 2010 p.1128

⁵⁷³ Cass. soc., 28 octobre 1998 pourvoi n°96-44395

⁵⁷⁴ Cass. soc., 21 mars 2012 pourvoi n° 10-30895

⁵⁷⁵ Cass. soc. 6 janvier 2010 prec.

⁵⁷⁶ Cass. soc., 16 septembre 2009 pourvoi n°08-42212, J. Savatier, *A propos de l'inaptitude physique à l'emploi apparue au cours du contrat de travail*, Dr. Soc. 2009 p. 1190

travail⁵⁷⁷. Le refus du salarié n'épuise pas l'obligation de moyens renforcée de l'employeur qui doit proposer tous les postes adaptés disponibles dans l'entreprise. Le refus du salarié ne peut qu'entraîner soit une nouvelle proposition par l'employeur, soit à son licenciement au motif de l'impossibilité de reclassement⁵⁷⁸. L'obligation de reclassement imposée par le Code du travail ressemble davantage à une obligation de renégociation du contrat de travail du côté du salarié : l'employeur ne peut refuser la modification du contrat de travail et doit même la proposer, tandis que le salarié garde le choix de l'accepter ou non. Une obligation similaire se retrouve en matière de reclassement pour motif économique.

ii- La prise en compte de la situation de l'entreprise

- 232. *Qui ?*** L'obligation s'impose à toute entreprise, même en procédure collective⁵⁷⁹. S'agissant d'une obligation contractuelle, seul l'employeur⁵⁸⁰ est tenu de cette obligation, bien que ses recherches s'étendent dans tout le groupe auquel appartient l'entreprise⁵⁸¹.
- 233. *Quand ?*** Il doit s'efforcer de reclasser le salarié lorsque celui-ci est menacé d'un licenciement pour motif économique. La recherche des postes doit donc commencer au jour où est prise la décision de licencier le salarié, et dure jusqu'à ce que le salarié soit effectivement licencié. Le licenciement ne peut intervenir que lorsque le reclassement ne peut être opéré sur l'un des emplois disponibles⁵⁸². S'il licencie le salarié sans avoir satisfait à son obligation de recherche de poste de reclassement, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse⁵⁸³.
- 234. *Quoi ?*** « Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure »⁵⁸⁴, fut-ce à modifier le contrat de travail⁵⁸⁵. L'employeur a une obligation de moyens renforcée : il doit d'abord rechercher

⁵⁷⁷ Cass. soc., 30 novembre 2010 pourvoi n°09-66687, A. Barège, *Portée de reclassement incombant à l'employeur*, JCP S 2011 p.1440

⁵⁷⁸ Cass. soc., 26 janvier 2011 pourvoi n°09-43139

⁵⁷⁹ CE, 2 juill. 2014, n°361502.

⁵⁸⁰ En cas de coemploi, l'obligation est solidaire : Cass. soc., 28 sept. 2011, pourvoi n°10-12278.

⁵⁸¹ Cass. soc., 13 janv. 2010, pourvoi n°08-15.776.

⁵⁸² C.trav. art., L.1233-4

⁵⁸³ Cass. soc., 17 mars 1999 pourvoi n° 97-40515

⁵⁸⁴ C.trav. art., L.1233-4

⁵⁸⁵ Cass. soc., 8 avr. 1992, pourvoi n°89-41.548

sérieusement⁵⁸⁶ des postes qui correspondraient aux qualifications des salariés. Ses recherches doivent être individualisées. En pratique l'employeur envoie le C-V du salarié aux entreprises du groupe de reclassement en leur précisant que le salarié bénéficie d'une priorité d'embauchage, qui lui répondent si elles disposent d'un poste adapté. Le Code du travail précise que « tous les efforts » de reclassement doivent être réalisés⁵⁸⁷. Ensuite, l'employeur doit proposer tous⁵⁸⁸ les postes disponibles, y compris ceux qui vont être créés si tant est qu'ils soient suffisamment définis⁵⁸⁹. Il n'a cependant pas à créer de nouveau poste. Si le nouveau poste du salarié implique pour lui d'occuper des responsabilités nouvelles, l'employeur peut être tenu d'assurer une formation au salarié⁵⁹⁰ dès lors que celle-ci n'est pas qualifiante⁵⁹¹.

235. Où ? La modification du lieu de travail peut aussi entraîner la modification du contrat de travail. En effet, le salarié peut être reclassé sur un poste disponible dans n'importe quel établissement de l'entreprise qui l'emploie, ou d'une entreprise faisant partie du groupe⁵⁹², même si celle-ci est implantée à l'étranger⁵⁹³. La jurisprudence a interprété largement la notion de groupe : s'entend par groupe de reclassement les entreprises avec lesquelles la société entretient un partenariat⁵⁹⁴ et autorisant une permutation de tout ou partie du personnel⁵⁹⁵ en raison de la similarité des activités⁵⁹⁶, de l'organisation du travail⁵⁹⁷ et du lieu de travail⁵⁹⁸.

236. Comment ? Dès lors que le reclassement peut entraîner la modification du contrat de travail, « les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises »⁵⁹⁹ afin d'assurer son consentement libre et éclairé. L'employeur est parfois tenu de saisir quelque commission en vertu de dispositions conventionnelles⁶⁰⁰. Au surplus, le formalisme est

⁵⁸⁶ Cass. soc., 10 novembre 1998 pourvoi n° 96-44984

⁵⁸⁷ C.trav. art., L.1233-4

⁵⁸⁸ Peu important le contrat à pourvoir : contrat à durée déterminée, indéterminée, à temps partiel...

⁵⁸⁹ Cass. soc., 23 juin 1998, pourvoi n°96-42.363

⁵⁹⁰ Cass. soc., 25 février 1992 pourvoi n° 89-41634

⁵⁹¹ Cass. soc., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-41.255

⁵⁹² C. trav. art., L.1233-4

⁵⁹³ C. trav. art., L.1233-5

⁵⁹⁴ Cass. soc., 23 mai 1995, pourvoi n°93-46.142 : entre une association gérant une gare routière et d'autres entreprises de transport ; Cass. soc., 25 sept. 2013, pourvoi n°12-15.062 : pour des relations de sous-traitance

⁵⁹⁵ Cass. soc., 5 avril 1995 pourvoi n° 93-42.690

⁵⁹⁶ Cass. soc., 12 juin 2014, pourvoi n°12-35.255

⁵⁹⁷ Cass. soc., 12 juin 2002, pourvoi n°00-40.908

⁵⁹⁸ Cass. soc., 4 déc. 2007, pourvoi n°05-46.073 : appréciation large de la jurisprudence qui considère que le salarié peut être reclassé sur n'importe quel lieu de travail, même à l'étranger, dès l'instant que la législation locale n'empêche pas le travail des étrangers.

⁵⁹⁹ C. trav. art., L.1233-4

⁶⁰⁰ Cass. soc., 30 septembre 2013 pourvoi n°12-15940s.

renforcé lorsqu'il s'agit d'une proposition de poste dans une entreprise à l'étranger. L'employeur doit demander au salarié s'il souhaite recevoir les offres de reclassement à l'étranger⁶⁰¹. Il a sept jours pour répondre. Si le salarié répond par l'affirmative, l'employeur doit lui faire part par écrit des offres précises d'emploi. Des conditions supplémentaires sont prévues si le reclassement est mis en place dans le cadre d'un licenciement collectif⁶⁰². Néanmoins, en raison de la politique de mobilité et de mutation professionnelle tendant au maintien du salarié dans l'emploi, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences se développe et la mobilité du salarié est de plus en plus fréquemment une manifestation de la formation professionnelle plutôt que du reclassement qui s'avère souvent vain⁶⁰³.

2- La prise en compte de la nécessité

237. La nécessité ne peut pas ne pas arriver. Le temps est une nécessité. Prévisible par nature, la nécessité exclut de fait la modification du contrat en raison de l'imprévision. En droit commun des contrats, les considérations de temps ne sont pas à prendre en compte pour modifier le contrat⁶⁰⁴. Ce principe trouve une exception en droit du travail puisque le contrat de travail s'inscrit dans un contexte évolutif : les salariés doivent évoluer dans l'entreprise et avec l'entreprise. Le temps a vocation à avoir un impact direct sur le contrat de travail. L'employeur a donc l'obligation de permettre au salarié d'évoluer en fonction du temps passer dans son entreprise (a), au salarié de décider s'il souhaite profiter de cette opportunité (b).

a- L'obligation de l'employeur

238. *L'avancement.* En fonction du temps qu'il passe dans l'entreprise, le salarié peut recevoir des mesures d'avancement consistant à augmenter son salaire ou ses fonctions. En principe, les mesures d'avancement relèvent du pouvoir de direction de l'employeur qui n'est pas débiteur d'une obligation générale d'avancer le salarié proportionnellement au temps qu'il a passé dans son entreprise⁶⁰⁵. Par exception, certaines normes collectives peuvent prévoir des dispositions plus favorables au salarié et obliger l'employeur à faire

⁶⁰¹ C. trav. art., D. 1233-2-1

⁶⁰² Il est à noter que le reclassement individuel et le reclassement collectif se cumulent mais ne se confondent pas.

⁶⁰³ F. Favennec-Héry *Le reclassement : une mutation en cours* » Dr. Soc. 2011 p.402

⁶⁰⁴ Cass. civ. 6 mars 1876 arrêt dit « Canal de Craponne »

⁶⁰⁵ Cass. soc., 6 juillet 2010 pourvoi n° 09-41354

bénéficier le salarié d'une augmentation de salaire⁶⁰⁶ ou d'une augmentation de ses responsabilités. Lorsque les mesures d'avancement représentent une modification du contrat de travail du salarié, ce dernier doit y donner son accord.

239. La formation. L'obligation de formation est née de la jurisprudence relative au licenciement pour motif économique. La Cour de cassation a jugé que le licenciement prononcé alors que l'employeur n'avait pas respecté son obligation de bonne foi contractuelle en assurant l'adaptation de son salarié à son emploi est sans cause réelle et sérieuse⁶⁰⁷. Le législateur a consacré cette jurisprudence. Désormais l'employeur a deux obligations. D'une part il doit assurer l'adaptation des salariés à leur poste⁶⁰⁸. Cette obligation se décline en une obligation d'adaptation des salariés à leur poste de travail⁶⁰⁹, et en une obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper leur emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations⁶¹⁰. Pour ce faire, l'employeur doit proposer des formations aux salariés. Toutefois, il n'est pas tenu de leur assurer une formation qualifiante⁶¹¹. Les actions de formations envisagées par l'employeur sont réunies au sein du plan de formation⁶¹², comprenant par exemple les validations des acquis d'expérience, la lutte contre l'illettrisme et l'apprentissage de la langue française, et toutes les autres actions internes de formation notamment toutes celles qui ont pu être prévues au sein d'un éventuel accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁶¹³. La Cour de cassation

⁶⁰⁶ Par exemple, l'article 24 de la Convention Collective nationale des journalistes qui prévoit une prime d'ancienneté au bout de cinq années passées dans l'entreprise et/ou dans la profession. Il convient de rappeler néanmoins que, ne s'agissant pas de la rémunération contractuelle du salarié, son octroi n'est pas subordonné à son accord.

⁶⁰⁷ Cass. soc., 25 février 1992 Bull Civ V n°122

⁶⁰⁸ C. trav. art., L.6321-1

⁶⁰⁹ Cass. soc., 13 décembre 2011 pourvoi n°13-21855

⁶¹⁰ C. trav. art., L.6321-1; Cass. soc., 5 juin 2013 pourvoi n°11-21255

⁶¹¹ Cass. soc. 12 juillet 2006 pourvoi n°04-45578

⁶¹² C. trav. art., L.6321-1, L.6312-1

⁶¹³ Devenue gestion prévisionnelle des emplois et des parcours professionnels depuis la loi du 17 août 2015. Elle porte, selon l'article L.2242-13 du Code du travail sur « 1° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, d'abondement du compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles prévues dans le cadre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22. 2° Le cas échéant, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise prévue à l'article L. 2242-21, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique ; 3° Les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation, en particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité, les compétences et qualifications à acquérir pendant la période de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation ; 4° Les perspectives de recours par l'employeur aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, ainsi que les moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires dans l'entreprise au profit des

apprécie le respect de son obligation d'adaptation et de maintien dans l'emploi des salariés eu égard aux actions positives de formation qu'il a réalisées, et qu'il doit initier indépendamment de l'attitude du salarié⁶¹⁴. L'absence d'initiative du salarié quant à sa propre formation ne l'exonère pas. D'autre part, l'employeur doit contribuer au financement de la formation des salariés. Le salarié dispose d'un compte personnel de formation agréementé au long de sa vie professionnelle, financé soit par l'employeur dans le cadre d'un accord collectif, soit par des organismes collecteurs paritaires agréés, qui prennent en charge les formations dont le coût dépasse le montant de la participation obligatoire de l'employeur. Il découle donc du contrat de travail lui-même une obligation pour l'employeur de former son salarié, qui a un droit à voir sa situation évoluer au sein de l'entreprise.

b- Le droit du salarié

- 240. *Les moyens du salarié.*** Le salarié bénéficie de l'obligation de l'employeur de l'adapter à son emploi et de le maintenir dans son emploi. En sus de ce droit, le salarié dispose d'un compte personnel à la formation, abondé en heures chaque année⁶¹⁵, ou autrement par application d'un accord collectif⁶¹⁶. Il peut mobiliser les heures de formation accumulées au titre d'une acquisition d'un socle de connaissance et de compétences, d'un accompagnement à la validation des acquis de l'expérience, ou de formations qualifiantes. La loi⁶¹⁷ lui accord également un congé individuel de formation à partir de 24 mois d'ancienneté s'inscrivant soit dans le cadre d'un développement de compétences, soit dans le cadre d'une reconversion professionnelle.
- 241. *Les effets sur le contrat de travail.*** Si la formation avait pour objet l'adaptation ou le maintien dans l'emploi du salarié, l'employeur n'a pas une obligation de lui proposer des mesures d'avancement. Il est une nouvelle fois question de son pouvoir de direction. En

contrats à durée indéterminée ; 5° Les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences ; 6° Le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions. »

⁶¹⁴ Cass. soc., 18 juin 2014 pourvoi n°13-14916 ; Cass. soc., 5 juin 2013 pourvoi n°11-21255, L. Cailloux-Meurice, *L'obligation de formation : une obligation de moyen à la charge du seul employeur*, JCP S 2013 p.1322

⁶¹⁵ A raison de 24 heures par an jusqu'à 120 heures, puis de 12 heures jusqu'à la limite de 150 heures au total, C.trav. art., L6323-11

⁶¹⁶ Un accord d'entreprise, un accord de branche, un accord conclu par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé, C. trav. art., L.6323-14

⁶¹⁷ C. trav. art., L.6322-1

revanche, si la formation consiste en une action de développement des compétences ou est réalisée dans le cadre d'une période de professionnalisation, l'entreprise s'engage à ce que le salarié accède dans le délai d'un an à un poste disponible correspondant à ses nouvelles qualifications⁶¹⁸. En conséquence, la formation du salarié peut avoir un impact sur son contrat de travail⁶¹⁹. A l'instar du reclassement, la modification du contrat de travail du salarié faisant suite à une modification nécessite l'accord du salarié, contrairement à l'employeur qui peut s'y voir forcé tel que cela vient d'être étudié. Certains auteurs⁶²⁰ laissaient présager que la Cour de cassation irait vers le forçage du contrat de travail au détriment du salarié, qui prendrait une part active dans l'obligation d'adaptation de l'employeur. Toutefois, ce n'est pas la solution vers laquelle semble se tourner la Cour de cassation, qui fait de l'obligation d'adaptation et de maintien dans l'emploi une obligation relevant uniquement de l'initiative de l'employeur⁶²¹. Ces hypothèses de modification du contrat de travail eu égard aux considérations de contingence et de nécessité ne restent que des obligations de renégocier le contrat, le salarié ayant toujours au bout du compte la possibilité de refuser la modification. La loi autorise des causes de modification, qui reste la chose des parties. Le juge se refuse également à intervenir sur le contenu du contrat de travail, respectueux des dispositions prévues par les parties.

Sous-section II : La modification par le juge

242. Les parties sont maîtresses de l'ouvrage contractuelle. Néanmoins, en cas de désaccord entre elles, le recours au juge est inévitable. Ce dernier doit alors interpréter (§1) la norme des parties afin de pouvoir apprécier si la force obligatoire du contrat a été respectée. A cette occasion, les juges ont pu opérer un forçage du contrat de travail et par une œuvre créatrice, prêter au contrat des obligations qu'il ne prévoyait pas (§2).

§1. L'interprétation de la volonté des parties

243. *L'interprétation de la volonté des parties.* Il ne faut pas confondre interprétation et qualification. L'article 12 du Code de procédure civile confère au juge le pouvoir de rattacher les conventions conclues entre les parties afin d'en déduire le régime, « interpréter c'est déterminer le sens et la portée des obligations contractées »⁶²². Le juge

⁶¹⁸ Liaisons Sociales Lamy, octobre 2015, p.37

⁶¹⁹ Liaisons Sociales Lamy, octobre 2015, p.38

⁶²⁰ N. Moizard, *Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2008 p.693

⁶²¹ Cass. soc., 5 juin 2013 prec.

⁶²² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^e édition n°444

est tenu par la loi des parties, il ne peut la dénaturer⁶²³ à l'occasion de son interprétation. L'interprétation du contrat ne doit donc avoir lieu que lorsque celui-ci présente des termes ambigus. Les règles d'interprétation des conventions par le juge sont édictées par le Code civil, à défaut de règles particulières s'appliquant en droit du travail⁶²⁴. Conformément à l'article 1156 du Code civil⁶²⁵, le juge doit interpréter le contrat de travail conformément à la commune volonté des parties et non en s'arrêtant au sens littéral des termes de la convention. Pour ce faire le juge doit se placer dans les circonstances dans lesquelles étaient les parties lorsqu'elles ont contracté. Il s'agit d'une approche subjective de l'interprétation du contrat. Cette règle de principe est suivie par des règles complémentaires qui doivent guider le juge lorsque la volonté commune des parties apparaît obscure. Le Code civil opère un glissement de la méthode subjective d'interprétation vers une méthode en objective. « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »⁶²⁶. En droit du travail, cela revient principalement à interpréter en faveur du salarié et contre l'employeur, créancier de l'obligation de subordination.

244. *L'interprétation de la volonté réelle des parties.* Le contrat de travail peut nécessiter une interprétation de la part du juge lorsque le contenu obligationnel n'y est pas précisé. Ainsi, à défaut de mention de la qualification professionnelle du salarié⁶²⁷, celle-ci s'apprécie eu égard aux fonctions réellement exercées par lui⁶²⁸. Parallèlement, le contrat de travail peut expressément prévoir une clause surclassant le salarié⁶²⁹. Dans ces cas, la Cour de cassation a été hésitante. Elle a d'abord précisé que le niveau de qualification du salarié devait également s'apprécier par rapport aux fonctions réellement exercées par le

⁶²³ Cass. Civ. 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe C/Pringault : il n'est pas parmi aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment.

⁶²⁴ De telles règles existent, par exemple, en droit de la consommation. L'article L.133-2 du Code de la consommation, les conventions « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article ».

⁶²⁵ Qui deviendra l'article 1188 dès le 1er octobre 2016

⁶²⁶ Article 1162 du Code civil. L'ordonnance de réforme de droit des obligations du 10 février 2016 prévoit en son article 1190 que « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

⁶²⁷ Le niveau de qualification professionnelle pour un emploi déterminé est généralement prévu par la Convention Collective de branche applicable dans l'entreprise.

⁶²⁸ Cass. soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-10.021, Bull. civ. V, n° 82 ; Adde Cass. soc., 4 février 2016 pourvoi n° 14-25336

⁶²⁹ En raison du principe de faveur, il ne peut cependant pas sous classer le salarié qui se verra alors appliquer la Convention collective, plus favorable que son contrat.

salarié⁶³⁰, indépendamment de ce qui était prévu au contrat. Si le salarié n'exerçait pas les fonctions correspondant à sa qualification contractuelle, les juges estimaient que la surqualification opérée dans le contrat de travail était une erreur de l'employeur⁶³¹. Cette jurisprudence était néanmoins critiquable et critiquée⁶³². Si l'interprétation de la qualification au regard des fonctions réellement exercées par le salarié permet de découvrir la volonté réelle des parties en l'absence de clause contractuelle, elle entraîne une dénaturation du contrat lorsqu'il précise la qualification du salarié. Elle permet même à l'employeur, débiteur d'une obligation de fournir du travail et de rémunérer le salarié, de contourner ses obligations contractuelles et de violer la force obligatoire du contrat de travail.

245. *L'interprétation de la volonté formelle des parties.* C'est pourquoi la Cour de cassation a amorcé un revirement de jurisprudence⁶³³, semblant être consacré dans son arrêt en date du 24 septembre 2014⁶³⁴. Elle statue que la reconnaissance contractuelle par l'employeur de la qualification du salarié lie les parties et le juge, qui doit faire une stricte application de la force obligatoire des termes précis du contrat de travail. La Cour de cassation s'est néanmoins tournée vers la reconnaissance contractuelle, non de la qualification du salarié, mais de sa rémunération. Dès lors que le contrat de travail faisait mention d'une qualification déterminée par la Convention collective applicable, il devait en être déduit que l'employeur s'était engagé à rémunérer le salarié conformément aux stipulations applicables pour cette qualification. Cet arrêt rend aux prévisions expresses du contrat de travail leur pleine force obligatoire. L'employeur ne peut pas contourner son obligation de payer le salarié en conséquence de la qualification qu'il lui a reconnue sous prétexte qu'il ne fournit pas au salarié le travail qu'il avait convenu de lui fournir. Cet arrêt a été critiqué. Selon certains auteurs, la qualification mentionnée par l'employeur dans le contrat de travail peut être le fruit d'une erreur⁶³⁵, que cette jurisprudence ne permet plus de rectifier. Ces critiques ne sont pas vaines car la jurisprudence de la Cour de cassation ne semble pas définitivement établie en matière d'interprétation du contrat de travail, et cet arrêt pourrait ne trouver application qu'en matière de rémunération. Par un arrêt en

⁶³⁰ Cass. soc., 21 mars 1985, pourvoi n° 82-43.833, Bull. civ. V, n° 201 ;

⁶³¹ Cass. soc., 7 mars 2012 pourvoi n° 10-16.611

⁶³² J. Mouly, *Qualification professionnelle et fonctions réellement exercées : quelques précisions*, Dr. Soc. 2014, p.959

⁶³³ Cass. soc., 12 janvier 2010 pourvoi n° 08-42.835, Bull. civ. V, n° 2 ; Cass soc., 6 juillet 2011 pourvoi n°09-43130 : pour la reconnaissance contractuelle par l'employeur du statut cadre du salarié au visa de l'article 1134 du Code civil.

⁶³⁴ Cass. soc., 24 sept. 2014, pourvoi n° 12-28.459

⁶³⁵ T. Passerone, *Portée de la référence contractuelle à une stipulation conventionnelle*, JCP S 2014 p.1491

date du 3 mai 2016⁶³⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation a de nouveau statué que le juge devait, pour apprécier la diminution unilatérale par l'employeur des responsabilités exercées par le salarié, rechercher « quelles étaient les fonctions et responsabilités réellement exercées par le salarié ». En l'espèce, il s'agissait d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail au motif que l'employeur avait diminué de manière unilatérale les responsabilités du salarié, modifiant ainsi son contrat. La résiliation avait été refusée par les juges du fond qui estimaient que les missions que lui retirait son employeur « ne correspondent pas à des missions qui lui auraient été contractuellement dévolues ». La Cour de cassation, en exigeant que les juges recherchent les missions réellement exercées par le salarié, leur donne la possibilité de se détacher de la stipulation contractuelle pour déterminer la faute contractuelle. La Cour de cassation paraît inciter les juges du fond à interpréter le contrat de travail en faveur du salarié ayant contracté l'obligation, quitte à statuer contre les termes explicites du contrat.

§2. L'altération de la volonté des parties

246. Les juges ont le pouvoir d'altérer la volonté des parties. Ce pouvoir est utilisé afin de corriger le contrat (I) voire de compléter (II).

I. L'altération correctrice

247. En droit positif, il est parfois possible au juge de procéder à la réfaction d'une clause excessive (A). Ce pouvoir ne concerne que l'équivalence des prestations au moment de la conclusion du contrat, la révision pour défaut d'équivalence apparaissant en cours d'exécution est toujours interdite aux juges. Néanmoins, de lege ferenda, ce pouvoir lui sera accordé (B).

⁶³⁶ Cass. soc., 3 mai 2016 pourvoi n° 14-26298

A) La réfaction

248. *Le fondement du pouvoir de réfaction du juge.* La théorie de la cause a conduit les juges à annulé certains contrats en raison du caractère dérisoire de la contrepartie d'une obligation⁶³⁷. Plutôt que la nullité des contrats, certains auteurs ont proposé une réduction judiciaire de la prestation excessive stipulée⁶³⁸. Toutefois, le droit commun des contrats n'alloue pas au juge la possibilité de refaire le contrat s'il constate un déséquilibre originel des prestations. Il est de jurisprudence constante que le juge ne peut se substituer aux parties pour remplacer une clause du contrat déclarée nulle par la loi⁶³⁹. Pour autant, le Code civil donne ponctuellement au juge la possibilité de modérer ou augmenter le montant d'une prestation dérisoire ou excessive. Tel est notamment le cas de la clause pénale, pour laquelle « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire », conformément à l'article 1152 du Code civil. La Cour de cassation a attribué ce pouvoir aux juges en matière de clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail. Ainsi, « le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités »⁶⁴⁰. Le fondement d'un tel pouvoir est pourtant inexistant. La Cour de cassation, si protectrice de l'intangibilité du contrat de travail lorsque l'employeur menace de le modifier unilatéralement, s'arroge le pouvoir de s'insérer dans le sanctuaire des parties⁶⁴¹.

249. *Le contenu du pouvoir de réfaction du juge.* Percevant certainement le risque de jugements arbitraires rendus par les juges prud'homaux, la Cour de cassation a limité sa jurisprudence aux champs d'application temporel et géographique de la clause de non-concurrence. Elle subordonne ainsi la réfaction de la clause de non-concurrence par le

⁶³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 4 juillet 1995 pourvoi n°93-16198

⁶³⁸ Civil Code Traité, Fasc. 10 : *Contrats et obligations. – Nullité ou rescision des conventions. – Généralités : nullité*, S. Sana-Chaillé de Néré

⁶³⁹ Cass. 3^e civ., 14 oct. 1975, pourvoi n° 74-12.880 : Bull. civ. 1975, III, n° 290; Cass. 3^e civ., 14 janv. 1971, pourvoi n° 69-13.047 : Bull. civ. 1971, III, n° 22; Cass. com., 30 juin 1980, pourvoi n° 79-10.632, Bull. civ. 1980, IV, n° 281

⁶⁴⁰ Cass. soc., 18 septembre 2002 pourvoi n°00-42.904

⁶⁴¹ C. Radé, *La révision judiciaire des clauses excessives*, RDT 2003 p.151

juge à deux conditions : qu'elle soit demandée par le salarié⁶⁴², et qu'elle ne concerne pas le montant de la contrepartie financière accordée en contrepartie de la clause de non-concurrence⁶⁴³. La Cour de cassation contourne la force obligatoire du contrat de travail à son égard mais tente de prévenir les dérives d'une telle jurisprudence. Elle opère une protection en demi-teinte du salarié contre la force obligatoire du contrat de travail.

B) La révision

250. *La révision pour imprévision.* Interdite depuis 1876 par la Cour de cassation, la révision pour imprévision a fait l'objet de nombreux débats. Les dérives jurisprudentielles ont poussé les parties, en vertu de leur obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, à négocier entre elles en cas d'imprévision, mais n'ont jamais admis que le juge pouvait intervenir dans les relations contractuelles. Au contraire, la Cour de cassation s'est fermement opposée à ce que les juges du fond utilisent la loyauté contractuelle pour créer du droit contractuel⁶⁴⁴. Ce principe semblait pourtant obsolète, « la France est l'un des derniers pays européens à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat »⁶⁴⁵. Dès lors, le prochain article 1195 du Code civil disposera à partir du 1^{er} octobre 2016 que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Le juge du fond aura le pouvoir de réviser lui-même le contrat. Cette disposition a-t-elle vocation à s'appliquer aux contrats de travail ? En principe, le droit spécial déroge au droit commun. Or, des mécanismes de révision pour imprévision existent déjà en droit du travail concernant les motifs économiques (rendant l'exécution du contrat « particulièrement onéreuse »). Il ne permet

⁶⁴² Cass. soc., 12 oct. 2011, pourvoi n° 09-43.155, J-F Cesaro, *Clause de non-concurrence : réfaction ou nullité, le salarié a seul le choix*, JCP S 2012 p.1005

⁶⁴³ Cass. soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-10.760, G.Loiseau, *Clause de non-concurrence : la contrepartie financière ne peut être déterminée par le juge*, JCP S 2012 p.1329

⁶⁴⁴ Cour de Cassation, Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007 de la Chambre commerciale

⁶⁴⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

pourtant pas de saisir le juge pour obtenir la révision par lui du contrat de travail. Les juges devront donc décider si le domaine de la modification pour motif économique du contrat de travail épuise le domaine de la révision pour imprévision et rend impossible le recours au droit commun des contrats.

II. L'altération créatrice

251. Les juges se sont servis de leur pouvoir d'interpréter les conventions pour forcer le contenu contractuel. Parmi les premières obligations adjointes aux contrats se trouve l'obligation de sécurité (A). Dans la même logique de protection des salariés, la Cour de cassation a également ajouté au contenu contractuel une obligation de garantie par l'employeur (B).

A) L'obligation de sécurité de résultat

252. La découverte de l'obligation de sécurité de résultat en droit du travail fait suite à de longues évolutions jurisprudentielles et légales (1). Cet ajout a été justifié par l'article 1135 du Code civil selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »⁶⁴⁶ (2).

1- La découverte de l'obligation de sécurité

253. Droit commun. La Cour de cassation a découvert très tôt une obligation contractuelle de sécurité de résultat dans les contrats qui ne disposaient pas d'une réglementation particulière en la matière. Fondée sur l'équité⁶⁴⁷, l'obligation de sécurité de résultat est initialement prévue dans le contrat de transport⁶⁴⁸. Elle permet au cocontractant du transporteur, victime d'un accident, de ne pas avoir à prouver sa faute afin de se faire indemniser. La responsabilité contractuelle du transporteur est engagée par le simple constat de la survenance d'un accident. La découverte par le juge d'obligations à part entière dans le contrat qui ne seraient pas prévues par les parties existe dans d'autres pays européens, et a même inspiré les principes Unidroit⁶⁴⁹. Ainsi, en droit anglais, le contrat

⁶⁴⁶ A partir du 1^{er} octobre 2016, l'article 1194 du Code civil disposera que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

⁶⁴⁷ Donc la première source des suites données au contrat selon l'article 1135 du Code civil.

⁶⁴⁸ Cass., civ, 21 novembre 1911

⁶⁴⁹ Principes Unidroit 2010, Article 5.1.1 : « *Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites* ».

contient des « implied terms » qui suivent les obligations principales et les agrémentent. En droit allemand, le BGB⁶⁵⁰ permet au juge de faire une interprétation constructive du contrat.

254. Droit du travail. En droit du travail français, il a fallu attendre 2002 pour que la Cour de cassation consacre, en vertu du contrat de travail, l'existence l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur⁶⁵¹. Cette consécration est la suite d'une évolution travailliste en matière de sécurité. La première étape de cette évolution consiste dans la loi du 4 avril 1898 sur les accidents du travail. En mettant en place un système assurantiel automatique au profit du salarié victime d'un accident du travail, le législateur lui évite d'apporter la preuve d'une faute commise par l'employeur et ayant concouru à son dommage⁶⁵². La simple survenance du dommage permet au salarié d'être automatiquement indemnisé par l'assurance. En contrepartie des cotisations pour l'assurance imposées à l'employeur, le législateur l'a immunisé contre une éventuelle demande de réparation de la part du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Il ne peut s'adresser qu'à l'assurance afin d'obtenir une réparation forfaitaire de son préjudice⁶⁵³. Le législateur est venu compléter cette obligation de sécurité. Transposant la directive CE 89/391 du 12 juin 1989, la loi 91/1414 du 31 décembre 1991 définit le contenu de cette obligation. En vertu des dispositions prévues au livre IV du Code du travail, l'employeur est tenu d'une obligation de prévention des risques⁶⁵⁴, et de traitement des risques subis par les salariés⁶⁵⁵. Il doit prendre « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »⁶⁵⁶. Cette obligation générale et les obligations particulières ponctuelles la suivant ont longtemps suffi à permettre au salarié victime d'un dommage d'être indemnisé. Néanmoins, l'indemnisation offerte par le régime assurantiel ne reste que forfaitaire, le salarié ne peut obtenir de sa part une réparation intégrale. C'est pourquoi, devant l'affirmation forte en droit commun de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle du principe de la réparation de l'entier préjudice, cette réparation forfaitaire a paru injuste. Il fallait trouver un moyen pour contourner

⁶⁵⁰ Via le paragraphe 157 sur l'interprétation objective ou le paragraphe 242 sur la bonne foi

⁶⁵¹ Cass. soc., 28 février 2002 pourvoi n° 00-11793 ; Adde Cass. ass. plen., 24 juin 2005 pourvoi n° 03-30038

⁶⁵² Il s'agit de la réunion des conditions prévues à l'article 1382 du Code civil pour engager la responsabilité délictuelle de l'auteur d'un dommage.

⁶⁵³ CSS L.431-1 : Les frais médicaux, l'indemnité journalière pendant la période d'incapacité temporaire, les prestations autres que les rentes, dues en cas d'accident suivi de mort, une indemnité en capital ou une rente en cas d'incapacité totale ou partielle permanente.

⁶⁵⁴ C. trav. art., L.4121-1

⁶⁵⁵ C. trav. art., L.4121-2

⁶⁵⁶ C. trav. art., L.4121-1

l'immunité civile de l'employeur. La Cour de cassation s'est donc décidée à constater l'évidence qui régnait depuis 1898 : l'employeur est tenu, en vertu du contrat de travail, d'une obligation de sécurité de résultat⁶⁵⁷, la simple survenance d'un dommage pour le salarié démontre le manquement à cette obligation. En cas d'accident ou de maladie professionnelle, le manquement à cette obligation de résultat n'engage la responsabilité civile de l'employeur que lorsqu'elle a le caractère d'une faute inexcusable, c'est-à-dire qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du risque auquel était exposé le salarié. A la lumière de l'obligation de prévenir les risques, qui oblige l'employeur à évaluer les risques dans l'entreprise⁶⁵⁸, il se comprend qu'il est difficile pour l'employeur de démontrer qu'il n'a pas commis de faute inexcusable : il aurait forcément dû avoir connaissance du risque. L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur est une obligation ouverte, elle n'a pas de contenu précis et dépasse largement les obligations particulières prévues par le Code du travail. Elle justifie notamment que l'irrespect de l'obligation de sécurité de résultat génère un sentiment d'insécurité qui doit être indemnisé indépendamment de la réalisation du risque⁶⁵⁹. La responsabilité de l'employeur ne peut être que contractuelle.

2- Le fondement de l'obligation de sécurité

255. *L'usage, l'équité ou la loi.* « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »⁶⁶⁰. Faisant actuellement suite à l'article 1134 du Code civil, cet article relève de la force obligatoire du contrat. En effet, il permet au juge de forcer le

⁶⁵⁷ Cass. soc., 28 février 2002 pourvoi n° 00-11793 ; Adde cass. ass. plen., 24 juin 2005 pourvoi n° 03-30038

⁶⁵⁸ C. trav. art., L.4121-3 : « *l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs ...* ». Il s'agit bien des risques endogènes à l'entreprise. En ce sens, l'arrêt de la chambre sociale du 25 novembre 2015 pourvoi n° 14-24.444 statuant que « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail » n'est pas un affaiblissement de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur. En effet, le salarié, pilote d'avion chez Air France, avait été exposé à un risque extérieur à l'entreprise : les attentats du 11 septembre 2001, à l'occasion d'une escale aux Etats-Unis. L'employeur ne pouvait pas être tenu d'une obligation de sécurité de résultat pour la réalisation d'un risque exogène à son entreprise, pour lesquels il n'est obligé que d'une obligation de moyens de prévenir les risques professionnels. Dès lors, la réalisation du risque (l'état de stress post traumatique) ne rend pas l'employeur responsable, d'autant que la Cour d'appel avait pu constater que les certificats médicaux produits ne démontraient pas le lien entre la maladie du salarié et le risque professionnel. (Dans le sens d'une obligation de sécurité de résultat pour les risques endogènes à l'entreprise : E.Jeansen *Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ?* RDT 2016 p.222).

⁶⁵⁹ Cass. soc., 8 octobre 2010 pourvoi n° **08-45609** ; Cass., soc 4 décembre 2012 pourvoi n° **11-26294** : pour l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété.

⁶⁶⁰ Article 1135 du Code civil

contrat en constatant que la loi, l'usage, ou l'équité donne une suite aux obligations prévues par les parties, qui doit s'intégrer au contenu contractuel. L'article 1135 et l'alinéa 3 de l'article 1134 sont souvent envisagés ensemble. Ils ne doivent toutefois pas être confondus : quand l'article 1134 alinéa 3 prévoit les modalités d'exécution des obligations prévues par les parties (à savoir « de bonne foi »), l'article 1135 ajoute une obligation à part entière au contrat, qui n'était pas prévue par les parties. Ces obligations sont des obligations naturelles, découlant de l'obligation principale dont elles sont l'accessoire⁶⁶¹. La découverte d'une obligation de sécurité de résultat dans certains contrats de droit commun et plus spécialement dans le contrat de travail relève de cet article. Pour le droit commun, elle est fondée sur l'équité. Pour le droit du travail, elle est fondée sur la loi. Le législateur a le pouvoir de modifier le contenu des contrats spéciaux⁶⁶², au juge de constater cette modification. L'insertion d'une obligation de sécurité de résultat au contrat de travail se justifie par le fait que la personne du salarié soit l'objet principal du contrat de travail : l'obligation de sécurité, accessoire de la force de travail du salarié, est une obligation naturelle de l'employeur. Le fondement légaliste de l'ajout de l'obligation de sécurité de résultat au contrat de travail fait dire à certains auteurs⁶⁶³ que cette obligation est une obligation légale. A l'appui de leur démonstration ils invoquent notamment le fait que les dispositions du Code du travail relatives à l'obligation de sécurité de l'employeur s'appliquent également aux non-salariés présents dans l'entreprise⁶⁶⁴.

256. *Le contrat.* Cependant, cette affirmation occulte qu'en cas de réalisation d'un risque causant un dommage à ces non-salariés, seul leur employeur est débiteur envers eux d'une obligation de réparation du préjudice. Ainsi, en cas de survenance d'un accident ou d'une maladie professionnelle au sein de l'entreprise utilisatrice, le salarié victime et le chef de cette entreprise doivent informer l'employeur dudit salarié⁶⁶⁵ de la réalisation du risque. Ce dernier est responsable envers le salarié de la violation de l'obligation de sécurité de résultat du chef de l'entreprise, et ceci même lorsque ce chef d'entreprise commet une faute inexcusable⁶⁶⁶. La responsabilité de l'employeur des salariés mis à disposition au sein de l'entreprise utilisatrice en raison des fautes commises par le chef de l'entreprise utilisatrice démontre la nature contractuelle de l'obligation de sécurité de résultat. Le

⁶⁶¹ H. Juillet-Régis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse 2015 n°450

⁶⁶² Ibid, n°451

⁶⁶³ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, n°848 et 849

⁶⁶⁴ C. trav. art., L.2141-5, pour les travailleurs temporaires

⁶⁶⁵ CSS art., L.412-4, pour les travailleurs temporaires

⁶⁶⁶ CSS art., L.412-6

contraire aurait engendré une responsabilité civile délictuelle du chef de l'entreprise utilisatrice envers les travailleurs⁶⁶⁷. Or, la Cour de cassation persiste à fonder la responsabilité de l'employeur envers ses propres salariés sur l'article 1147 du Code civil⁶⁶⁸, fondement de la responsabilité civil contractuelle. L'obligation de sécurité de résultat ne peut avoir de nature que contractuelle. Dégagée par la jurisprudence, elle est la suite que la loi donne aux obligations contractées par les parties. Le fondement légal de l'obligation naturelle n'écrase pas le fondement de l'application de l'article 1135 du Code civil : le contrat⁶⁶⁹. C'est parce que les parties ont conclu un contrat de travail que l'obligation de sécurité de résultat vient à s'appliquer. Elle s'ajoute au contenu contractuel et relève de la force obligatoire du contrat.

B) L'obligation de garantie

257. *Le nouveau forçage du contrat de travail.* Sur le même fondement de l'article 1135 du Code civil, la Cour de cassation a découvert pour l'employeur une obligation de garantir les salariés « à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail »⁶⁷⁰. Cette obligation de garantie joue tant pour le remboursement des frais engagés pour les besoins de l'activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur⁶⁷¹, que pour les frais de justice engagés par le salarié devant assurer sa défense à un contentieux pénal dont l'objet était lié à l'exercice de ses fonctions⁶⁷². L'obligation générale de garantie des frais engagés par le salarié dans le cadre de son activité n'est pas prévue par les textes⁶⁷³. Il faut en conclure que la Cour de cassation a mobilisé la notion d'équité présente dans l'article 1135 du Code civil pour forcer le contenu obligationnel du contrat de travail. Certains auteurs ont affirmé qu'une telle obligation devait être comparée à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, quoique les portées de chacune des obligations ne soient probablement pas comparables⁶⁷⁴. Le juge a donc une forte influence sur le contenu obligationnel.

⁶⁶⁷ Tout ce qui n'est pas contractuel est délictuel, Cass. Civ. 2^{ème} 9 juin 1993 pourvoi n° 91-21.650

⁶⁶⁸ Cass. soc., 10 décembre 2014 pourvoi n°13-20770 ; Cass. soc., 2 avril 2014 pourvoi n°12-29825 ; Cass. soc., 4 avril 2012 pourvoi n°11-10570

⁶⁶⁹ E. Jeansen, *Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ?*, RDT 2016 p.222

⁶⁷⁰ Cass. soc., 18 octobre 2006 pourvoi n° 04-48612

⁶⁷¹ CE 17 juin 2014 pourvoi n°368867, citant l'article 1135 du Code civil

⁶⁷² Cass. soc., 18 octobre 2006 pourvoi n° 04-48612

⁶⁷³ Seule une obligation de garantie contre les actions en responsabilité civile délictuelle par les tiers est prévue à l'article 1384 du Code civil

⁶⁷⁴ J. Savatier, *Contrat de travail. Obligation de garantie à la charge de l'employeur à raison des actes professionnels du salarié*, Dr. soc. 2007 p.103

258. Conclusion de partie. Envisagé comme une norme ayant un effet obligatoire, le contrat engendre de par son essence même sa force obligatoire. Cette vision de la force obligatoire du contrat modernisée et actualisée par l'ordonnance du 10 février 2016, est adaptable et adaptée au droit du travail et aux relations de travail. D'une part, l'aspect collectif des relations de travail entraîne un rayonnement de la norme contractuelle au-delà de ses créateurs via le principe de l'égalité de traitement. Violant l'effet relatif des contrats, une seule norme contractuelle s'applique pour une multitude de liens contractuels. D'autre part, l'aspect individuel des relations de travail bouscule le schéma classique de la force obligatoire de droit commun. Les parties ont eu la volonté autonome de créer une norme afin de prévoir l'avenir de leurs relations, et dans cet objectif de pérennité, le contenu contractuel ne peut être altéré qu'en vertu du consentement mutuel des parties. Toutefois, la prise en compte de l'objet du contrat de travail, a poussé le législateur travailliste à délaissier la force du contenu de la norme pour promouvoir la force de l'existence de la norme : le contrat à durée indéterminée qui peut en principe être rompu unilatéralement à tout moment, ne peut être rompu de manière discrétionnaire par l'employeur ; le contenu de la norme qui ne peut en principe être révisée que par consentement mutuel peu important les circonstances et le temps, doit faire l'objet de propositions loyales de modification par l'employeur en cas d'imprévision. Ces deux dispositions s'articulent d'ailleurs parfaitement : afin de préserver le lien contractuel, l'altération du contenu contractuel est promue. Il y a un glissement de la force obligatoire du contrat de la préservation du contenu contractuel, objet de la prévision des parties, à la préservation de l'existence du lien contractuel au profit du droit à l'emploi du salarié. L'application exceptionnelle par rapport au droit commun des contrats de la force obligatoire du contrat contribue à en faire une notion contingente. Si bien qu'il convient de se demander si, à l'instar du contrat de travail défini par ses effets, elle ne serait pas mieux définie par sa portée. De la même manière que l'identification de la notion même de force obligatoire du contrat de travail, la portée de la force obligatoire du contrat de travail (partie II) doit jouer entre les relations individuelles de travail et les relations collectives de travail.

PARTIE II : LA PORTEE DE LA FORCE OBLIGATOIRE

DU CONTRAT DE TRAVAIL

259. La force obligatoire du contrat protège la norme contractuelle. Elle est un moyen de prévision pour les parties. La finalité de la norme ressort de sa définition, elle rappelle le fondement sociologique de la force obligatoire : les parties contractent afin de s'assurer de son exécution. La force obligatoire a donc vocation à protéger l'intégrité de la norme (ce qui justifie l'irrévocabilité et l'intangibilité du contrat) et sa finalité. Il ne s'agit plus d'étudier l'acte contractuel mais les relations contractuelles, l'obligation créée entre l'employeur et le salarié. La particularité du contrat de travail fait que les relations contractuelles individuelles entre l'employeur et ses salariés s'insèrent dans une collectivité de travail. Les obligations doivent être exécutées au sein d'une institution dirigée par l'employeur, à laquelle le contrat de travail doit s'adapter. Le contrat de travail est le fondement de l'intégration du salarié au sein de cette institution, il justifie que les normes attachées à l'institution s'appliquent au salarié. La force obligatoire du contrat de travail n'a pas qu'une portée individuelle (chapitre I), elle a aussi une portée collective (Chapitre II). Le schéma habituel de la force obligatoire du contrat est bousculé.

Chapitre I : La portée individuelle de la force obligatoire du contrat de travail

260. Une grande partie des auteurs définit la force obligatoire du contrat comme un effet du contrat visant à rendre son exécution obligatoire. Si cette vision est trop restrictive, elle reste significative de la finalité de la norme contractuelle. Le contrat doit être protégé dans son intégrité afin d'être exécuté conformément à ce que les parties avaient prévu initialement. La force obligatoire du contrat de travail astreint les parties à son exécution (Section I). Les cas d'inexécution du contrat de travail y portent donc atteinte (Section II).

Section I : L'exécution du contrat de travail

261. Les obligations que les parties doivent exécuter trouvent leur source dans le contrat de travail (Sous-section I). C'est dans ce cadre contractuel que s'inscrit le rapport de subordination du salarié vis-à-vis de son employeur, souvent accusé d'instaurer une inégalité au détriment du subordonné. Le contrat de travail pose donc des limites (Sous-section II) à cette inégalité en lui assurant une protection. Le contrat s'impose comme la source de la soumission du salarié et comme un mécanisme de protection du salarié.

Sous-section I : Le contrat source des obligations

262. L'objet du contrat de travail reçoit force obligatoire : le salarié doit exécuter une prestation sous la subordination de son employeur qui le rémunère en contrepartie. La force obligatoire est attachée à l'exécution de la prestation du salarié telle que déterminée par le contrat (§1). La force obligatoire du contrat peut toutefois survivre à l'extinction pour le salarié de son obligation d'exécuter sa prestation. Certaines obligations sont post-contractuelles (§2).

§1. Les obligations contractuelles

263. Il convient d'étudier l'exécution des obligations de l'employeur (I), et l'exécution des obligations du salarié (II).

I. Les obligations de l'employeur

- 264. *Les obligations principales.*** Les obligations principales de l'employeur sont celles qui participent de la définition du contrat de travail. L'employeur doit fournir le travail convenu au salarié et le rémunérer en contrepartie de l'exécution de ce travail. La Cour de cassation juge au visa de l'article 1134 du Code civil que l'employeur doit fournir au salarié le travail « convenu »⁶⁷⁵. Il manque à son obligation s'il fournit un travail différent de ce qui était convenu dans le contrat, voire même s'il donne à un second salarié le travail qu'il était convenu qu'il donne à un premier salarié⁶⁷⁶. Il s'agit d'une obligation de *praestare* (mise à disposition), l'employeur doit, en raison de la force obligatoire du contrat de travail, fournir et conserver un emploi au salarié tout le temps que dure leur relation contractuelle. L'emploi a ainsi pu être qualifié par certains auteurs de propriété du salarié⁶⁷⁷. Le salarié doit exercer son emploi, en contrepartie duquel l'employeur lui verse un salaire⁶⁷⁸. Ce salaire prend la forme d'un montant fixe en argent qui peut être majoré de parties variables. Il est en principe versé tous les mois, même si l'employeur contrevient à son obligation de fournir un travail au salarié qui, de ce fait, n'exécute aucune prestation à son profit⁶⁷⁹. Conformément à l'article 1315 alinéa 2 du Code civil⁶⁸⁰, il revient à l'employeur de prouver qu'il s'est acquitté de ses obligations de rémunérer⁶⁸¹ et de fournir du travail au salarié.
- 265. *Les obligations accessoires.*** En outre, l'employeur est tenu d'exécuter les obligations accessoires prévues par le contrat de travail. Ces obligations, greffées au contrat de travail via l'article 1135 du Code civil, reçoivent également pleine force obligatoire. Il s'agit principalement des obligations de formation du salarié, de garantie et de sécurité de résultat. Elles répondent au même régime que les obligations stipulées expressément par les parties. Elles tendent à protéger le salarié dans le cadre de l'exécution de son obligation principale : sa subordination à son employeur.

⁶⁷⁵ Cass. soc., 3 novembre 2010 pourvoi n° 09-65254, C. Radé, *Contrat de travail. Obligations de l'employeur. Obligation de fournir le travail convenu*, Dr. soc. 2011 p.95

⁶⁷⁶ Cass. soc., 8 octobre 2014 pourvoi n° 13-16720

⁶⁷⁷ G. Pignarre, *Vers la reconnaissance d'une obligation de praestare dans le contrat de travail*, D. 2001 p.3547

⁶⁷⁸ Cass. soc., 16 septembre 2009 pourvoi n° 08-41191

⁶⁷⁹ Cass. soc., 3 juillet 2001 pourvoi n° 99-43361

⁶⁸⁰ « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

⁶⁸¹ Cass. soc., 27 novembre 2014 pourvoi n° 13-16772

II. Les obligations du salarié

266. Le travail, en tant qu'objet du contrat de travail, ne se définit pas par le résultat de l'activité mais par la réalisation de l'activité. Cette activité se déroulant sous la subordination de l'employeur, l'objet du contrat de travail est « la personne en action » et « réside, donc, dans deux éléments "travail" et "subordination" »⁶⁸². Les obligations du salarié sont composées conjointement de l'exécution d'une prestation (A) sous la subordination (B) de l'employeur.

A) La prestation

267. *Exécution de la prestation.* « Il n'est point de contrat de travail sans fourniture d'une prestation »⁶⁸³. Si l'étymologie du terme travail⁶⁸⁴ laisse entendre le contraire, la prestation fournie par le salarié peut présenter un caractère ludique⁶⁸⁵. En raison de la force obligatoire de son contrat de travail, le salarié doit exécuter la prestation convenue. Il n'est tenu que d'une obligation de moyens⁶⁸⁶ : il exécute sa prestation grâce aux moyens mis à sa disposition par l'employeur. Le refus d'exécuter la prestation de travail constitue un acte d'insubordination⁶⁸⁷. L'exécution de la prestation par le salarié ne peut donc pas s'envisager indépendamment du respect par ce salarié de l'obligation de subordination.

B) La subordination

268. « L'objet de l'obligation qui forme la matière de l'engagement [est] l'obéissance aux ordres »⁶⁸⁸. L'obligation de subordination du salarié est fondée par le lien contractuel qui l'unit à son employeur (1). Elle englobe l'obligation pour le salarié de réaliser sa prestation dans les conditions déterminées et contrôlées par l'employeur (2).

⁶⁸² T. Revet, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992 p.859

⁶⁸³ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis 3è ed. p. 212

⁶⁸⁴ Tripalium : instrument de torture à trois poutres utilisé par les Romains dans l'Antiquité

⁶⁸⁵ Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt 1159 du 3 juin 2009 de la chambre sociale : « l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail »

⁶⁸⁶ E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail*, Dalloz, 28è ed., p.644

⁶⁸⁷ Sur l'abandon de poste : Cass. soc., 21 février 1980 pourvoi n° **79-40133**

⁶⁸⁸ A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, Thèse 1979 p.127

1- Le fondement de l'obligation de subordination

250. La subordination juridique se définit comme le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur. Si le pouvoir de sanction de l'employeur s'exerce dans ses rapports individuels avec le salarié, les pouvoirs de direction et de contrôle peuvent avoir des effets collectifs. Dès lors, certains auteurs se sont interrogés sur le fondement véritable du pouvoir de direction de l'employeur. La doctrine se scinde principalement entre la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle du pouvoir. En réalité, il convient de distinguer selon que le pouvoir s'exerce sur une personne (a) ou sur une collectivité (b).

a- Le pouvoir sur la personne

251. *Le fait juridique.* « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont données à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁶⁸⁹. Afin de requalifier les relations entre deux parties en contrat de travail, le juge doit observer leur situation objective. Si elle laisse paraître un rapport de subordination, il existe un contrat de travail. Le contrat de travail ne serait donc que l'effet juridique d'un fait, et entraînerait avec lui l'application de tout le régime de la relation de travail. Cette idée a d'abord séduit. Le pouvoir de l'employeur était envisagé comme « un fait, issu de la domination économique »⁶⁹⁰. Si le principe de la domination économique a ensuite été balayé⁶⁹¹, le pouvoir de l'employeur est resté associé à l'inégalité et l'unilatéralisme⁶⁹². Le juge devrait donc observer les rapports d'égalité entre les parties afin de qualifier la relation de travail. Cette théorie s'oppose cependant frontalement aux « principes fondamentaux de notre droit où c'est plutôt l'égalité entre les personnes qui prévaut »⁶⁹³. Voir le contrat de travail comme le socle de l'inégalité revient à le rendre contraire à l'ordre public, et moral. Certains auteurs ont contourné cette difficulté en détachant le fait de subordination de l'égalité entre les parties et même de la volonté des parties. La relation de travail reposerait sur un pouvoir défini comme « la faculté d'imposer sa volonté à autrui »⁶⁹⁴, volonté encadrée par le respect par l'employeur du « bien commun ». Cette notion de bien

⁶⁸⁹ Cass. soc., 19 décembre 2000 pourvoi n° 98-40.572 Bull V n°437 p.337

⁶⁹⁰ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail* Dalloz 2014 28 ed. p.632

⁶⁹¹ Cass. civ., 6 juillet 1931 DP 1931, 1, 131, P. Pic, dit « Bardou »

⁶⁹² G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail* Dalloz 2014 28 ed. p.633

⁶⁹³ J-F Cesaro, *La subordination* in *Les notions fondamentales du droit du travail* dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.137

⁶⁹⁴ P. Lokiec *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse, LGDJ, 2004, T.408, p.12

commun a été critiquée, à raison, pour son inconsistance entraînant une insécurité⁶⁹⁵. En tout état de cause, que la subordination soit un pouvoir de fait ou une inégalité de fait, lui donner la nature d'un fait ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante son caractère obligatoire. Cela va à l'encontre de la définition de la subordination : le pouvoir de l'employeur lui permet de diriger le salarié et de le sanctionner s'il ne respecte pas cette direction. Si le pouvoir est un fait, il n'a pas force obligatoire, et son irrespect ne peut donner lieu à sanction. Dire que la subordination est un fait, c'est dire que le pouvoir de l'employeur n'est pas fondé, et que le contrat de travail est illégitime⁶⁹⁶.

252. L'acte juridique. Il ne faut pas comprendre la formule utilisée par la Cour de cassation pour requalifier le contrat en contrat de travail comme exclusive de toute prise en compte de la volonté des parties. Il n'est fait état que de la volonté *exprimée* des parties. La subordination n'est pas un fait, même si elle se constate par des faits. Ces faits font ressortir la véritable volonté des parties qui, par erreur ou par dessein, ont souhaité expressément écarter la qualification de contrat de travail. L'obligation de subordination est intrinsèquement liée au contrat de travail : elle en est l'objet, il en est le fondement. Ainsi, par l'arrêt précité, « la chambre sociale adapte la recherche de l'éventuel état de subordination engendré par le contrat lui-même (en quoi cette subordination serait « juridique ») à ce type de contrat habilement conçu et rédigé »⁶⁹⁷. « Quelle que soit l'opinion qu'on en ait, nous ne disposons pas dans l'outillage de juriste positiviste d'autre instrument que le contrat individuel pour fonder la subordination »⁶⁹⁸. Le contrat est le fondement du pouvoir de l'employeur sur la personne du salarié. D'ailleurs, la Cour de cassation arrête que « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties »⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ J-F Cesaro, *La subordination* in *Les notions fondamentales du droit du travail* dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.139

⁶⁹⁶ G. Duchange *Le concept d'entreprise en droit du travail* Thèse, 2014, LexisNexis, p.48 : « *Le pouvoir de l'employeur, pour être légitime, doit avoir un fondement. Celui-ci peut être trouvé dans la particularité de l'objet du contrat de travail.* »

⁶⁹⁷ A. Jeammaud, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail*, Dr. Soc. 2001 p.227 sous Cass. soc., 19 décembre 2000 pourvoi n° 98-40.572 Bull V n°437 p.337

⁶⁹⁸ J-F Cesaro, *La subordination* » dans « *Les notions fondamentales du droit du travail* dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.140

⁶⁹⁹ Cass. civ., 6 juillet 1931 DP 1931, 1, 131, P. Pic, dit « Bardou ». Certains auteurs vont plus loin et voient dans l'arrêt dit « *Les sabots* » (Cass. Civ. 14 février 1866, Paris Frères c/Dame Julliard, Bull civ n°34) une consécration du fondement contractuel de la subordination. Dans cet arrêt, la Cour de cassation juge au visa de l'article 1134 que le règlement intérieur a une nature contractuelle et qu'il doit être respecté sous peine de sanction. L'interprétation faite par Monsieur Duchange de cet arrêt conduit à dire que le salarié accepte la soumission au pouvoir contractuel de l'employeur « *chargé de donner corps aux obligations contractuelles*

La condition juridique du salarié renvoie à l'état de subordination vis-à-vis de son employeur. Le fondement de la subordination devient alors légitime : c'est parce que le salarié a consenti au contrat de travail, qui a pour objet son obéissance aux ordres, que l'employeur a un pouvoir sur sa personne. Le consentement du salarié fonde la force obligatoire de la subordination prévue au contrat de travail⁷⁰⁰. L'affirmation selon laquelle le salarié serait la partie faible du rapport contractuel et que la subordination ne peut être fondée par sa volonté car sa volonté est contrainte, est erronée : le contrat n'est pas formé tant que le salarié n'a pas exprimé son consentement, donc la volonté du salarié intervient avant la subordination juridique. Il faut se méfier de l'image d'un « droit social réaliste parce qu'il détruit le mythe de la liberté contractuelle », cette « distribution romancée des rôles »⁷⁰¹, sous le couvert de dénoncer la position de faiblesse du salarié, pourrait conduire à écarter la protection du salarié. Dès l'instant où il est admis que la subordination est une obligation créée par le contrat, il est admis que le contrat peut poser la limite de la subordination⁷⁰². Le contrat se pose comme le défenseur des valeurs de liberté et d'égalité⁷⁰³. « Le salarié est subordonné parce qu'il y a consenti, et dans la limite où il y a consenti »⁷⁰⁴.

b- Le pouvoir sur la collectivité

253. La collectivité. La vision contractuelle de la subordination a pourtant été écartée par une partie de la doctrine car elle occultait un des principaux effets du contrat de travail : l'intégration du salarié au sein d'une communauté. Fonder le pouvoir de l'employeur sur la personne du salarié par le contrat individuel qui les unit conduit à oublier que le pouvoir de l'employeur ne s'exerce pas que sur ce seul salarié, il s'exerce sur l'ensemble de la communauté de travail⁷⁰⁵. La notion d'entreprise dirigée par l'employeur ne correspond pas parfaitement à la communauté des travailleurs : elle apparaît parfois au-dessus des

tout au long de la relation de travail ». « L'article 1134 du Code civil donne au pouvoir de l'employeur son assise légale. » (G.Duchange *Le concept d'entreprise en droit du travail* Thèse, 2014, LexisNexis p.51). Il convient néanmoins de relativiser l'apport de cet arrêt rendu à propos du règlement intérieur qui, aujourd'hui, n'a plus de nature contractuelle.

⁷⁰⁰ Même si l'autonomie de la volonté a été relativisée, elle ne peut pas être totalement écartée en ce que le consentement libre et éclairé du cocontractant est une condition de validité du contrat.

⁷⁰¹ J-F Cesaro, *La subordination dans Les notions fondamentales du droit du travail* dir. B.Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.142

⁷⁰² Il convient de rappeler la distinction entre le contrat et l'obligation qu'il crée. La subordination se développe au sein d'un cadre contractuel qui limite son étendue et sa force. Il se comprend alors que le contrat soit à la fois une source et une limite de l'obligation.

⁷⁰³ G. Duchange *Le concept d'entreprise en droit du travail* Thèse, 2014, LexisNexis, p.49

⁷⁰⁴ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail* Dalloz 2014 28 ed. p.636

⁷⁰⁵ Qui, il faut le rappeler, n'est pas toujours composée que de salariés de l'employeur

individus, parfois en retrait, sans s'y substituer⁷⁰⁶. Il a donc été fait appel à la notion d'institution afin de fonder le pouvoir de direction de l'employeur. La logique de puissance publique a été transposée en droit du travail, et il a été appliqué à l'entreprise la définition qu'avait donnée Maurice Hauriou de l'institution⁷⁰⁷. A l'image de l'institution étatique, l'entreprise serait « [U]ne idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise que lui procure des organes. D'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁷⁰⁸. Cette définition sociologique et jusnaturaliste de l'institution⁷⁰⁹ justifierait que l'employeur détienne par essence un pouvoir de direction sur toute l'entreprise. La théorie institutionnelle de l'entreprise a été, un temps, consacrée par la Cour de cassation. Dans un célèbre arrêt dit « Poliet et chausson »⁷¹⁰, elle affirme que le pouvoir disciplinaire du « patron » est « inhérent à sa qualité ». Certains auteurs ont ainsi pu voir chez les défenseurs de la théorie de l'institution une doctrine jusnaturaliste des pouvoirs de l'employeur⁷¹¹. L'entreprise ne serait pas construite par le droit, mais « constitue une source autonome du droit »⁷¹². Le pouvoir de l'employeur serait naturel. L'entreprise adopterait le modèle de l'institution publique, organisée en un groupe hiérarchisé⁷¹³, dans lequel chacun des individus répondrait d'un statut⁷¹⁴, fonctionnant sous le joug de son employeur considéré comme seul juge de son intérêt⁷¹⁵.

⁷⁰⁶ Y. Pagnerre *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, dans *Standards et principes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica 2011 p.80

⁷⁰⁷ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail* Dalloz 2014 28 ed. p.634

⁷⁰⁸ M. Hauriou, *Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, n°23, 1925, reproduit in M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris : Bloud et Gay, 1933, p.96

⁷⁰⁹ A. Faye *Les bases administratives du droit constitutionnel*, Thèse, 2016 p.37-39

⁷¹⁰ Cass. Civ. 16 juin 1945 *Etablissements Poliet et Chausson c/ Vialard*, E. Dockès, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, J. Pelissier, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2008 4^e ed. p.317 s

⁷¹¹ E. Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, dans *Analyse juridique et valeurs en droit social – Etudes offertes à J.Pelissier* Dalloz 2004 p.203sS ; A.Supiot *La réglementation patronale de l'entreprise* Dr. soc. 1992 p.215

⁷¹² A. Fabre *Le régime du pouvoir de l'employeur*, pref. A. Lyon-Caen, LGDJ 2010 p.30

⁷¹³ J-F Cesaro, *La subordination* dans *Les notions fondamentales du droit du travail* dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.138

⁷¹⁴ Il convient de rappeler que les fonctionnaires ne sont pas contractuellement liés à l'Etat. Leurs droits sont prévus par un statut général datant du 13 juillet 1983 complété par trois statuts particuliers s'appliquant à la fonction publique d'Etat du 11 janvier 1984, à la fonction publique territoriale du 26 janvier 1984 et à la fonction publique hospitalière du 9 janvier 1986.

⁷¹⁵ Cass. soc., 15 janvier 1960 bull. civ. V n°49 « *l'employeur [...] est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise.* »

254. *L'individu dans la collectivité.* Toutefois cette affirmation péremptoire faillit par son manque d'assise juridique et en ce qu'elle conduit à nier les rapports individuels entre l'employeur et chacun de ses salariés. La théorie institutionnelle de l'entreprise permet de justifier, via le droit des sociétés, que le représentant de la Société puisse agir en son nom et pour son compte, qu'il ait en quelque sorte un pouvoir sur les tiers ; mais ne permet en aucun cas de fonder juridiquement le pouvoir de l'employeur sur ses salariés. Néanmoins la théorie contractuelle pourrait également être insuffisante pour justifier l'étendue du pouvoir de l'employeur sur l'entreprise qui se développe avec et en marge des salariés. Le salarié en tant qu'individu n'est pas toujours l'unique destinataire de l'exercice du pouvoir par l'employeur qui peut s'adresser à l'entière communauté de travail. Le salarié consent à adhérer à cette communauté. La confusion faite entre l'employeur (la personne juridique avec laquelle le salarié contracte) et l'entreprise (qui a un intérêt distinct de celui de l'employeur⁷¹⁶) en témoigne : le salarié souhaite, dans la plupart des cas, travailler dans l'entreprise, pour ce qu'elle reflète, pour ce qu'elle apporte. Dès lors, Paul Durand, figure de la théorie de l'institution, admettait que la cause de l'adhésion du salarié à l'entreprise « se trouve normalement dans un accord de volonté, et l'on ne voit pas pourquoi cette convention [...] ne mériterait pas le nom de contrat »⁷¹⁷. Le contrat de travail reste le seul fondement du pouvoir car il représente selon lui « le respect pour les droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main d'œuvre »⁷¹⁸. L'institution ne se manifesterait que pour compléter la norme contractuelle, en donnant corps à la communauté de travail dans laquelle s'insère le salarié. Reste à étudier quel est l'impact de cette insertion sur le contrat de travail individuel du salarié. Il est certain que le contrat de travail fonde le pouvoir de l'employeur, mais ce pouvoir s'exerçant au sein de l'entreprise, il a été affirmé que « le contrat crée le pouvoir ; l'institution l'engendre »⁷¹⁹.

2- Le contenu de l'obligation de subordination

255. Le salarié doit exécuter sa prestation de travail sous la subordination de son employeur. Cela implique que l'employeur peut le diriger dans l'exécution du contrat (a) et contrôler la bonne exécution du contrat (b).

⁷¹⁶ Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, dans *Standards et principes en droit du travail*, dir. B.Teyssié, Economica 2011 p.80

⁷¹⁷ P. Durant, *A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944, I, 387

⁷¹⁸ Ibid.

⁷¹⁹ G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse, 2014, LexisNexis, p.52

a- Le pouvoir de direction de l'employeur

256. Exécution du contrat. Le salarié doit exécuter les tâches confiées par son employeur qui dispose de l'obligation de fournir à ses salariés un travail conforme à ce qui était prévu au contrat. La détermination de la qualification et des fonctions relève du contrat, en revanche il revient à l'employeur de définir les tâches qui y correspondent⁷²⁰. Ce pouvoir peut être exacerbé par le contrat lui-même. Par exemple, un contrat de travail peut prévoir une clause d'objectifs qui sont déterminés tous les ans unilatéralement par l'employeur. Le salarié ne peut s'opposer aux objectifs qu'il a définis⁷²¹. D'une manière générale, « le travail auquel s'oblige le salarié est soumis au pouvoir de direction de son cocontractant »⁷²². Ce pouvoir de direction permet à l'employeur de déterminer les règles disciplinaires applicables au salarié et à la collectivité de travailleur⁷²³. Le pouvoir de direction de l'employeur a donc un volet individuel et collectif et le salarié doit exécuter, au nom de la force obligatoire de son contrat de travail, les consignes individuelles et collectives données par son employeur. Le refus d'exécuter la prestation demandée constitue un acte d'insubordination⁷²⁴. Toutefois, cette obligation n'est qu'une obligation de moyen, l'objet du contrat n'est pas un résultat mais l'exécution subordonnée du travail. Ainsi, l'insuffisance de résultat ne peut constituer en soi une cause de licenciement⁷²⁵.

257. Conditions d'exécution du contrat. Le pouvoir de l'employeur lui permet de déterminer les conditions d'exécution de la prestation. Il arrive que certaines clauses du contrat prévoient les conditions d'exécution du contrat telles celles portant sur le lieu de travail ou la répartition des horaires. Ces clauses ne sont qu'informatives⁷²⁶. L'employeur dispose, en raison de son pouvoir de direction⁷²⁷, du droit de changer ces conditions indépendamment de l'accord du salarié⁷²⁸ sans pour autant sortir du contrat de travail. Il influe librement sur le lieu de travail du salarié au sein du secteur géographique, sur ses

⁷²⁰ Voir supra n°195

⁷²¹ Cass. soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977

⁷²² G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz 2014 28 ed. p.647

⁷²³ C. trav. art., L. 1311-2 et L.1311-3 : dans les entreprises contenant au moins vingt salariés, l'employeur est tenu d'établir le règlement intérieur par acte unilatéral. Le règlement intérieur contient des mesures concernant la santé et la sécurité au travail et la discipline.

⁷²⁴ Cass. soc., 2 décembre 2014 pourvoi n°13-28505 : refus d'exécuter les fonctions définies par la fiche de poste du salarié

⁷²⁵ Cass. soc., 3 février 1999, Bull. Civ. V, n°56 ; Cass. soc. 18 avril 2008, Bull. Civ. V n138

⁷²⁶ Cass. soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 02-46.496 : pour le lieu du travail ; Cass. soc., 18 février 2015 pourvoi n°13-17.582 : pour la répartition du travail

⁷²⁷ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, relations individuelles*, LexisNexis, 3è ed., p.660

⁷²⁸ Cass. soc., 23 février 2005 pourvoi n°03-42.018 : « le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave ».

horaires de travail, sur la répartition du travail⁷²⁹, sur les tâches qu'il a à effectuer. « Il ne fait que mettre en œuvre, d'une manière différente par rapport à ce qu'il faisait antérieurement, l'obligation de subordination »⁷³⁰. Ce constat peut même conduire à nier le pouvoir de direction de l'employeur, « il faudrait plutôt parler d'exécution d'obligations entre cocontractants qui sont nécessairement limitées par ce que peut imposer le contrat »⁷³¹. Cette analyse se rapproche du droit anglais, pour lequel la modification du contrat de travail n'est qu'un corollaire de son exécution et est détaché d'une quelconque idée de pouvoir. Le changement des conditions de travail ne devient « qu'une simple exécution du contrat, plus précisément la mise en œuvre de stipulations expresses (une clause de mobilité par exemple) ou implicites (une clause implicite de mobilité par exemple) du contrat. Aucun écart par rapport à la logique contractuelle dans ce raisonnement, qui fait dépendre du contenu obligationnel du contrat la faculté qu'a l'employeur d'imposer un changement »⁷³². Reste à qualifier le changement des conditions de travail. En droit anglais, toujours, les juges opèrent un double contrôle pour distinguer le changement des conditions de travail de la modification du contrat. Ils appliquent d'abord un « test contractuel » consistant à comparer la modification aux prévisions des cocontractants. Ce test est complété par un « test de raisonabilité » qui peut faire rentrer dans le champ du changement des conditions de travail imposé par l'employeur une modification qui pourtant n'entrerait pas dans les prévisions contractuelles, si ce changement n'est pas déraisonnable⁷³³. En France, un équilibre similaire est également recherché par les juges dans la qualification de la modification du contrat de travail. La distinction est parfois difficile à mettre en œuvre⁷³⁴. En principe, relève du changement des conditions de travail tout ce qui ne relève pas de la modification du contrat de travail⁷³⁵. Le contrat peut également préciser ce qui relèvera ou non du changement des conditions de travail. Tel est le cas si une clause de mobilité est stipulée : elle

⁷²⁹ Cass. soc., 11 mai 2016 n°15-10025 : en l'absence d'accord collectif, l'employeur peut imposer unilatéralement la répartition du travail sur une période n'excédant pas quatre semaines. La mise en œuvre de cette décision n'est pas subordonnée à l'accord préalable du salarié.

⁷³⁰ J-F Cesaro, *La subordination* dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.146

⁷³¹ J-F Cesaro, *La subordination* dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas 2009 p.146

⁷³² P. Lokiec *La modification du contrat de travail*, RDT 2006 p.76

⁷³³ Ibid.

⁷³⁴ G. Dedessus-Le-Moustier, *Modification de la cadence de travail = changement des conditions de travail*, JCP S 2011 p.1003

⁷³⁵ En ce sens, v. Cass. soc., 20 octobre 2010 pourvoi n°08-55595. Afin de qualifier la mesure prise par l'employeur de changement des conditions de travail, la Cour d'appel avait, à bon droit, vérifié qu'il n'y avait aucune répercussion sur la rémunération ou le temps de travail des salariés. Elle avait donc vérifié que l'intégrité du contrat était respectée.

décontractualise le secteur géographique d'exécution du travail et permet à l'employeur de changer le lieu de travail sans modifier son contrat⁷³⁶. Le refus du salarié de se soumettre à la mise en œuvre de la clause de mobilité est assimilé à une désobéissance, et donc à une inexécution de son obligation contractuelle de subordination.

b- Le pouvoir de contrôle de l'employeur

258. L'employeur se fait juge de la force obligatoire du contrat de travail. La Cour de cassation a défini la subordination comme un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur. Le pouvoir de contrôle de l'employeur lui permet de s'assurer que le salarié respecte bien ses consignes et donc la force obligatoire de son contrat de travail. Ce pouvoir peut s'exercer soit par un contrôle des biens utilisés par le salarié (i), soit par un contrôle de la personne du salarié (ii).

i- Le contrôle des biens

259. *Les biens à finalité professionnelle.* L'employeur doit fournir au salarié les moyens nécessaires à la réalisation de sa mission. Dans ce cadre, il peut mettre à la disposition du salarié des biens appartenant à l'entreprise. Le salarié peut également utiliser son propre matériel afin de réaliser sa prestation, il s'agit de la problématique des BYOD : bring your own device. En principe, le droit de propriété sur l'entreprise et le pouvoir de direction et de contrôle sur les salariés de l'employeur lui permet de surveiller librement l'utilisation faite par le salarié du matériel à finalité professionnelle. Toutefois, si le contrôle est opéré sur le matériel informatique mis à disposition du salarié, une déclaration préalable à la CNIL doit être réalisée par l'employeur afin de rendre le système de contrôle opposable aux salariés. Si les outils informatiques ne contiennent pas de système de contrôle individualisé, l'employeur doit faire une déclaration simplifiée de conformité à la norme n°46. Si les outils informatiques contiennent un système de contrôle individualisé, il faut procéder à une déclaration de droit commun auprès de la CNIL⁷³⁷. Une fois que ces déclarations préalables ont été réalisées, l'employeur peut procéder au contrôle des outils informatique. Lorsque les biens ont une finalité exclusivement professionnelle, leur contenu est présumé avoir un caractère professionnel. Tel est le cas des connexions internet⁷³⁸, des fichiers créés⁷³⁹ sur un ordinateur professionnel, des messages

⁷³⁶ Sur la clause de mobilité, voir supra n°209

⁷³⁷ Fiche pratique CNIL édition janvier 2013

⁷³⁸ Cass. soc., 9 juillet 2008 pourvoi n°06-45800

électroniques reçus sur une boîte mail professionnelle⁷⁴⁰, ou des documents détenus par un salarié dans le bureau de l'entreprise⁷⁴¹. Certains biens personnels du salarié peuvent donner lieu à des hésitations s'ils sont utilisés à des fins professionnelles. Ainsi, la clé USB d'un salarié, « dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, [est] présumée utilisée à des fins professionnelles »⁷⁴². Dès lors que les objets sont présumés avoir une finalité professionnelle, « l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence du salarié »⁷⁴³. Le salarié qui empêcherait l'employeur d'opérer un contrôle sur un bien à finalité professionnelle, par exemple en installant un code d'accès à son ordinateur professionnel, commet un acte d'insubordination⁷⁴⁴. En effet, son obligation d'exécuter sa prestation sous la subordination de l'employeur inclut le contrôle par l'employeur de la bonne exécution de la prestation. En s'y opposant, le salarié ne respecte pas son obligation de subordination.

260. Les biens à finalité personnelle. Le pouvoir de contrôle de l'employeur n'est pas absolu et doit s'exercer dans le respect de la vie privée du salarié. Ainsi, lorsque le bien mis à la disposition du salarié par l'employeur a une finalité totalement ou partiellement personnelle, le contenu des biens intègre la vie privée des salariés. L'employeur ne peut contrôler l'utilisation de ces biens que dans les conditions prévues au règlement intérieur ou par une convention collective, et qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment prévenu⁷⁴⁵. Les mêmes conditions s'appliquent si, en contrôlant un bien dont la finalité est présumée professionnelle, l'employeur découvre des biens personnels. En outre, si l'employeur n'a pas interdit l'utilisation des biens à des fins personnelles dans le règlement intérieur ou dans une charte d'utilisation, le salarié a la possibilité d'identifier des fichiers qu'il crée sur son ordinateur professionnel comme « personnels »⁷⁴⁶ ou privés. L'identification donnée par le salarié doit faire ressortir le caractère privé des documents, la seule dénomination « mes documents »⁷⁴⁷, ou « essais divers »⁷⁴⁸ ne suffit pas. Dès lors

⁷³⁹ Cass. soc., 18 octobre 2006 pourvoi n°04-48025

⁷⁴⁰ Cass. soc., 26 juin 2012 pourvoi n°11-15310 ; Cass. soc., 17 juin 2009 pourvoi n°08-40.274

⁷⁴¹ Cass. soc., 4 juillet 2012 pourvoi n°11-12330

⁷⁴² Cass. soc., 12 février 2013 pourvoi n°11-18649

⁷⁴³ Cass. com., 10 février 2015 pourvoi n°13-14779

⁷⁴⁴ Cass. soc., 18 octobre 2006 pourvoi n°04-48025

⁷⁴⁵ Cass. soc., 11 décembre 2001 ; Cass. soc., 15 avril 2008 Bull. civ. V, n°85

⁷⁴⁶ Cass. com., 15 février 2015 prec. F. Barrière JCP E 2015 p.1174; Cass. soc., 15 décembre 2010 pourvoi n°08-42486

⁷⁴⁷ Cass. soc., 10 mai 2012 pourvoi n°11-13.884

⁷⁴⁸ Cass. soc., 15 décembre 2009 pourvoi n°07-44.264

que le caractère privé des fichiers est identifiable par l'employeur, la présomption de la finalité personnelle des biens est renversée et l'employeur ne peut pas consulter ses fichiers sans le salarié ou sans l'avoir préalablement informé⁷⁴⁹. La Cour de cassation donne au salarié le pouvoir de limiter le pouvoir de contrôle de l'employeur. Enfin, lorsque les biens utilisés à des fins professionnels par le salarié lui appartiennent, le caractère privé des biens interdit à l'employeur d'utiliser son pouvoir de contrôle. Cette interdiction peut être nuancée par la stipulation d'une clause dans le contrat de travail l'autorisant à contrôler ponctuellement les données professionnelles présentes contenues par le matériel (souvent informatique) du salarié. Afin de respecter la vie privée du salarié, la CNIL préconise de mettre en place des dispositifs de conteneurisation des données et des espaces dans les biens informatiques du salarié⁷⁵⁰.

ii- Le contrôle des personnes

261. *L'évaluation des salariés.* L'employeur tient de son pouvoir de direction et de son pouvoir de contrôle la possibilité d'évaluer les salariés dans l'exécution de leurs prestations⁷⁵¹. L'évaluation ponctuelle est discrétionnaire. L'évaluation permanente est en revanche encadrée par quatre principes : un principe de finalité, un principe de transparence, un principe de pertinence et un principe de confidentialité. Les informations demandées au salarié ne peuvent avoir que pour finalité d'apprécier les compétences du salarié⁷⁵². Le salarié doit être informé préalablement à la mise en œuvre de ces techniques, qui doivent être pertinentes au regard de l'objectif poursuivi⁷⁵³. Ainsi, « la mise en oeuvre d'un mode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés de quotas préétablis que les évaluateurs sont tenus de respecter est illicite »⁷⁵⁴, car non pertinente. Enfin, les résultats obtenus par ces méthodes sont confidentiels⁷⁵⁵.

262. *La surveillance du salarié.* L'employeur peut également surveiller l'activité du salarié au temps et lieu de travail⁷⁵⁶. Il peut procéder à cette surveillance en personne ou mettre en place un dispositif de surveillance au sein de l'entreprise. D'une part, il est autorisé à mettre en place dans l'entreprise un dispositif de traitement automatisé de données à

⁷⁴⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001 pourvoi n°99-42942

⁷⁵⁰ Lettre d'innovation et prospective de la CNIL, juin 2014

⁷⁵¹ Cass. soc., 16 oct. 2013, n°12-18229

⁷⁵² C. trav. art., L.1222-2

⁷⁵³ C. trav. art., L.1222-3

⁷⁵⁴ Cass. soc., 27 mars 2013 : n°11-26539

⁷⁵⁵ C. trav. art., L.1222-3

⁷⁵⁶ Cass. soc., 20 novembre 1991 pourvoi n°88-43.120 ; Cass. soc. 18 mars 2008 pourvoi n°06-45.093

caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail (ou écoute téléphonique)⁷⁵⁷. Sont exclus de ce système : la collecte des données sensibles relatives notamment à la race ou l'ethnie, les opinions, l'appartenance syndicale ou religieuse, l'orientation sexuelle⁷⁵⁸ ; les enregistrements audiovisuels ; le couplage des écoutes téléphoniques avec une image provenant d'une capture d'écran du poste informatique du salarié ; l'enregistrement permanent ou systématique des appels sur le lieu de travail y compris à des fins probatoires⁷⁵⁹. Les écoutes peuvent au contraire être mises en place dans un but d'évaluation des salariés⁷⁶⁰ et pour ce faire dans un but de recueillir des données d'identification des employés, des informations techniques relatives à l'appel (date, heure et durée)⁷⁶¹. La mise en place d'un tel dispositif doit être déclaré à la CNIL sous forme d'une déclaration simplifiée de conformité à la norme n°57 ou d'une déclaration normale. En l'absence de déclaration, il ne peut être opposé aux salariés. En revanche, l'employeur ne peut pas mettre en place un système de keyloggers (logiciel de surveillance qui se lance automatiquement à l'insu des utilisateurs afin d'enregistrer l'ensemble de ses actions)⁷⁶². D'autre part, il existe des systèmes de surveillance de salariés en dehors de l'entreprise. Les dispositifs de géolocalisation des véhicules permettent à l'employeur de suivre et facturer une prestation, d'assurer la sécurité de l'employé et des choses qu'il transporte, adapter les moyens qu'il donne au salarié aux endroits dans lesquels il se rend, de suivre le temps de travail, de contrôler le respect des règles d'utilisation du véhicule, ou de respecter une obligation légale ou réglementaire imposant un tel dispositif⁷⁶³. La géolocalisation réunit des données concernant l'identité du salarié, le déplacement du salarié, l'utilisation du véhicule, la date et l'heure d'extinction du dispositif⁷⁶⁴. Le dispositif doit faire l'objet d'une déclaration simplifiée de conformité à la norme n°51 ou d'une demande d'autorisation si l'entreprise n'est pas exonérée d'une telle autorisation. S'il n'est pas déclaré, il ne peut être opposé aux salariés.

⁷⁵⁷ Délibération CNIL n° 2014-474 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail

⁷⁵⁸ Article 6 de la loi du 6 juillet 1978 n°78-17

⁷⁵⁹ Article 1 de la délibération n°2014-474 prec.

⁷⁶⁰ Article 2 de la délibération n°2014-474 prec.

⁷⁶¹ Article 3 de la délibération n°2014-474 prec.

⁷⁶² Fiche pratique CNIL 20 mars 2013

⁷⁶³ Article 2 de la Délibération CNIL n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51)

⁷⁶⁴ Article 3 de la Délibération n° 2015-165 prec.

Ces systèmes étant cependant très intrusifs pour le salarié, ils sont donc strictement encadrés. Ils doivent répondre aux critères de justification et de proportionnalité.

263. *L'examen du salarié.* De manière encore plus intrusive, il est permis à l'employeur d'examiner son salarié en portant atteinte à son intégrité physique. Dans les entreprises tenues de mettre en place un règlement intérieur, les dispositions de ce règlement peuvent prévoir l'établissement d'un test de dépistage de consommation de drogues ou d'alcool pour les salariés pour lesquels l'usage de la drogue ou de l'alcool présente un risque, en raison de la nature de leur fonction, pour leurs santé et sécurité ou celles des autres salariés⁷⁶⁵. Il s'agit de vérifier que le salarié respecte son obligation de sécurité de moyen⁷⁶⁶. Le salarié qui refuse de se soumettre à un test de dépistage valablement exercé commet une faute disciplinaire⁷⁶⁷. Le pouvoir de contrôle de l'employeur est poussé à l'extrême, en contrôlant le respect par le salarié de la force obligatoire du contrat de travail, l'employeur porte atteinte au respect de la vie privée du salarié. Cela tend à s'interroger sur les frontières de l'obligation du salarié : si l'employeur, en contrôlant l'exécution du contrat de travail, peut s'insérer dans la vie privée et/ou personnelle du salarié, n'est-ce pas que l'obligation résultant du contrat de travail dépasse les frontières de l'entreprise⁷⁶⁸ ?

§2. Les obligations post-contractuelles

264. Les pouvoirs de direction et de contrôle de l'employeur disparaissent avec le pouvoir de subordination lors de la rupture du contrat de travail. Néanmoins, toutes les obligations ne tombent pas avec le contrat. Parmi les obligations qui perdurent, certains sont inhérentes au contrat de travail (I), d'autres sont prévues par ce contrat (II).

I. Les obligations post-contractuelles inhérentes au contrat de travail

265. Il n'est pas nécessaire pour les parties de prévoir dans le contrat de travail que ces obligations trouveront application à son terme, elles jouent de plein droit. Il s'agit notamment de l'obligation de loyauté (A) et de l'obligation de rapatriement du salarié expatrié (B).

⁷⁶⁵ Cass. soc., 22 mai 2002 pourvoi n°99-45878 ; Cass. soc., 24 février 2004 pourvoi n°01-47000

⁷⁶⁶ C. trav. art., L.4131-1

⁷⁶⁷ CE 17 février 1995 n°107766

⁷⁶⁸ Voir infra n°286s.

A) L'obligation post-contractuelle de loyauté

266. *La persistance post-contractuelle de l'obligation.* « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »⁷⁶⁹. Cette obligation, issue du droit commun, constitue une modalité de l'exécution des obligations prévues par le contrat de travail. Elle empêche le salarié, même en l'absence de clause particulière dans son contrat de travail, de travailler pour une entreprise concurrente de son employeur alors qu'il est encore lié avec lui par un contrat de travail⁷⁷⁰, ou de divulguer des informations concernant son entreprise aux concurrents de celle-ci⁷⁷¹. A la rupture du contrat de travail, l'article L. 1222-1 du Code du travail n'est plus applicable. « Cependant, le devoir de loyauté à laquelle il [le salarié] est astreint s'affaiblit mais ne s'éteint pas lorsque meurt son contrat de travail. Il lui interdit, dans l'exercice de l'activité indépendante à laquelle il a pu décider de se consacrer désormais, de faire un usage abusif des informations naguère acquises »⁷⁷².

267. *La nature extracontractuelle de l'obligation.* Dans le cas contraire, l'employeur peut engager une action en responsabilité contre son ancien employé pour faits de concurrence déloyale. Toutefois, ces actions sont engagées sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁷⁷³, consacrant la responsabilité civile délictuelle du fait de l'Homme. Il ne s'agit donc pas d'une obligation contractuelle, même si les actes de concurrence déloyale ont pu être commis grâce à l'ancien lien contractuel unissant la victime et le responsable de la faute. Cela conduit certains auteurs à affirmer qu'il ne faut pas confondre l'obligation contractuelle de loyauté qui s'applique pendant l'exécution du contrat de travail et la non-concurrence qui s'applique postérieurement à l'exécution du contrat de travail⁷⁷⁴.

B) L'obligation post-contractuelle de rapatriement

268. *Contenu.* Conformément à l'article L.1231-5 du Code du travail, « lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec

⁷⁶⁹ C. trav. art., L.1222-1

⁷⁷⁰ CA Paris, 10 mars 1986 : D. 1987, somm. 265, 1^{ère} espèce, obs. Y.Serra

⁷⁷¹ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, 3^e ed. LexisNexis, p.265

⁷⁷² J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, 3^e ed. LexisNexis, p.266

⁷⁷³ Par exemple : Cass. com., 24 mars 1992 pourvoi n°90-13269 ; Cass. com., 1^{er} juin 1999 pourvoi n°97-15421

⁷⁷⁴ Jurisclasseur Contrats Distribution, A. Etienney Fasc. N°176 *Extinction du contrat-Effets*, n°17 ; Travail Traité, G. Blanc-Jouvan, fasc. N°18-25 *Clause de non-concurrence*, n°5.

l'importance de ses précédentes fonctions en son sein ». La naissance de l'obligation de rapatriement suppose qu'un contrat de travail ait été conclu en premier lieu avec une société mère, et qu'un second contrat ait été conclu avec sa filiale étrangère dans laquelle le salarié a été envoyé pour prester. Dès lors que la société mère a connaissance de la rupture du contrat de travail existant entre le salarié et la société mère⁷⁷⁵, elle doit prendre l'initiative⁷⁷⁶ de rapatrier le salarié, en payant les frais afférents, et de lui trouver un poste de reclassement, peu important que le salarié n'ait jamais exercé son activité auprès d'elle avant sa mise à disposition⁷⁷⁷. Les postes qu'elle propose doivent correspondre à l'emploi qu'occupait le salarié en son sein avant sa mise à disposition. Tel est le cas pour un poste de directeur des comptes proposé à un ancien directeur général d'une filiale⁷⁷⁸, ou pour un poste comportant le même statut et le même coefficient que l'ancien poste occupé par le salarié⁷⁷⁹. L'obligation de reclassement du salarié expatrié correspond à l'obligation de reclassement précédant un licenciement pour motif économique. Les postes doivent donc être recherchés au niveau du groupe de reclassement.

269. Fondement. L'obligation de rapatriement est une obligation de nature contractuelle. « La loi place le lien contractuel au cœur de l'application des dispositions protectrices pour le salarié : lien contractuel avec la société mère et lien contractuel avec la société étrangère »⁷⁸⁰. Pour autant, la Cour de cassation a décidé que la rupture par la société mère du lien contractuel l'unissant au salarié ne la libère pas de son obligation légale de rapatriement⁷⁸¹. L'obligation de rapatriement perdure même si le lien contractuel avec la société mère est rompu, sauf si le salarié prend l'initiative de la rupture et démissionne de son emploi au sein de la société mère avant d'être embauché par la filiale étrangère⁷⁸². L'obligation post-contractuelle de la société mère est donc limitée aux cas où elle prend l'initiative de la rupture⁷⁸³. « La fin du premier contrat, si elle met fin aux obligations principales avec la société mère, laisse subsister cette obligation accessoire légale post-

⁷⁷⁵ Il peut s'agir d'un licenciement, ou de toute autre rupture indépendante du consentement du salarié, telle que la fin d'un contrat à durée déterminée (CA de Versailles 11 avril 2013 n°12/01615)

⁷⁷⁶ Cass. soc., 27 juin 2012 pourvoi n°10-23408 ; CA de Versailles 11 avril 2013 n°12/01615

⁷⁷⁷ Cass. soc., 26 octobre 1999 pourvoi n°97-43142 ; Cass. soc., 9 janvier 2013 pourvoi n°11-20013

⁷⁷⁸ Cass. soc., 9 avril 2008 pourvoi n°06-45384

⁷⁷⁹ CA de Paris 3 décembre 2008 n°06/12193

⁷⁸⁰ D. Chatard, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de société*, Thèse, LexisNexis p.50

⁷⁸¹ Cass. soc., 13 novembre 2008 pourvoi n°07-41700 : « ce texte ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison-mère » ; Cass. soc., 30 mars 2011 n°09-70306

⁷⁸² Cass. soc., 28 octobre 2015 n°14-16299

⁷⁸³ Il paraîtrait ainsi opportun d'exclure également les cas de rupture conventionnelle. A l'instar de la démission, le salarié donne son consentement à la rupture et ne peut donc pas prétendre avoir la volonté de retourner auprès de son premier employeur.

contractuelle (*C. civ., art. 1135*) »⁷⁸⁴. L'auteur fait référence à l'article 1135 du Code civil afin de justifier le forçage du contenu contractuel : les contrats obligent aux suites que la loi lui donne d'après sa nature. La particularité en l'espèce réside dans le fait que la loi force l'après-contrat de travail. La force obligatoire du contrat persiste, en vertu de la loi, malgré la rupture de ce dernier. Le fondement subjectif de la force obligatoire (la volonté), associé à la finalité protectionniste de la loi, explique que cette obligation ne joue qu'en cas de rupture à l'initiative de la société mère. La jurisprudence de la Cour de cassation permet de donner un effet utile à l'article L.1231-5 du Code du travail : si le contrat de travail entre la société mère et le salarié expatrié n'est pas rompu, l'employeur est toujours débiteur de l'obligation de fournir le travail convenu par le contrat. L'article L.1231-5 du Code du travail n'a donc d'effet utile qu'en cas de rupture du contrat de travail avec la société mère.

II. Les obligations post-contractuelles prévues par le contrat de travail

270. Parmi les clauses du contrat de travail qui trouvent application postérieurement à sa rupture, la clause de non-concurrence est la plus célèbre. Il convient donc d'en étudier la nature (A) et le régime (B).

A) La nature de la clause de non-concurrence

271. *L'obligation.* « En principe, le contrat dure jusqu'à ce qu'il ait épuisé ses effets, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il ait été entièrement exécuté »⁷⁸⁵. Par exception, les parties peuvent avoir prévu que la rupture du contrat n'entraîne pas la rupture du lien obligationnel qui les unit. Certaines clauses du contrat trouvent ainsi leur terme suspensif dans le terme résolutoire du contrat, telle que la clause de non-concurrence. Elle ne prend effet qu'au moment où le salarié n'appartient plus aux effectifs de l'entreprise. La démonstration du Professeur Ancel visant à distinguer contrat d'obligation permettrait d'expliquer qu'une obligation puisse vivre sans contrat⁷⁸⁶. La créance, présente dans le patrimoine du créancier, se développerait en-dehors de son contenant contractuel. Si « le contrat a bel et bien disparu », « certaines obligations demeurent et qui trouvent bien leur source dans cet ancien contrat : si ces obligations sont violées, la responsabilité du contrevenant sera

⁷⁸⁴ Y. Pagnerre, *Spécificités de la mise à disposition d'un salarié auprès d'une filiale étrangère*, JCP S 2011 p.1257

⁷⁸⁵ M. Fabre-Magnan, *Contrats et engagements unilatéraux*, 2è ed. PUF, p.579

⁷⁸⁶ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ 1999 p.771

d'ailleurs contractuelle bien que la faute qu'il commet sera par hypothèse postérieure à la fin du contrat »⁷⁸⁷. La faute consistant dans la violation de la clause de non-concurrence se distingue d'ailleurs de la faute consistant dans la violation de l'obligation de loyauté s'appliquant durant l'exécution du contrat⁷⁸⁸. Exécuter son obligation post-contractuelle de non-concurrence ne reviendrait donc pas à exécuter son contrat de travail. Cela peut néanmoins revenir à exécuter l'après-contrat.

272. *Le contrat.* « L'après contrat désigne alors la période qui suit l'extinction de la convention et qui subit encore l'influence de la convention éteinte »⁷⁸⁹. Reste à qualifier cette influence. Si le contrat peut être contrat sans contenir d'obligation, il convient de se demander si l'obligation peut recevoir force obligatoire sans être contenue par un contrat. Certains auteurs ont cherché à légitimer autrement que par l'obligation la force obligatoire de l'après-contrat, et ainsi de la clause de non-concurrence. Une première hypothèse consiste à dire que les clauses post-contractuelles formeraient ensemble un « "mini contrat" d'extinction » ayant « une vocation à l'autonomie qui lui confère une réelle spécificité par rapport au contrat dont il est issu. Si les rapports contractuels continuent, l'après contrat forme une nouvelle convention qui se détache du contrat originaire »⁷⁹⁰. La clause de non-concurrence serait donc un contrat autonome, avec une force obligatoire autonome à celle du contrat de travail. Cette hypothèse pourrait être comparée à la nature contractuelle du *mutuus dissensus*, la convention de fin de contrat produirait des effets tout le temps le temps de l'application des obligations post-contractuelles. Une clause de non-concurrence peut d'ailleurs être stipulée dans une rupture conventionnelle d'un contrat de travail. Une seconde hypothèse fait de la clause de non-concurrence une obligation accessoire du contrat de travail. La rupture du contrat de travail ne serait pas radicale, elle n'entraînerait que la fin de la force obligatoire des obligations principales, et servirait de prétexte à l'exécution des obligations accessoires jusqu'à leur terme, qui marquerait la fin de la relation contractuelle. La durée d'extinction du contrat ne se ferait pas en un instant, mais serait différente pour chaque obligation⁷⁹¹. En tout état de cause, la sortie du salarié de l'activité de l'entreprise ne marque pas la fin de son lien avec elle. Quel qu'en soit la nature, la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail trouve sa source

⁷⁸⁷ M. Fabre-Magnan, *Contrats et engagements unilatéraux*, 2^e ed. PUF, p.579

⁷⁸⁸ Cass. soc., 10 novembre 1998 pourvoi n°96-41308

⁷⁸⁹ G. Blanc-Jouvan, *L'après contrat*, Thèse, p.3 n°3

⁷⁹⁰ Ibid, p.97 n°134

⁷⁹¹ I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse Montpellier 1984, seconde partie

dans le contrat de travail. Envisager la force obligatoire du contrat de travail conduit à envisager l'exécution de l'obligation de non-concurrence.

B) Le régime de la clause de non-concurrence

273. Il convient d'étudier les conditions de validité de la clause de non-concurrence (1), puis ses effets (2).

1- Les conditions de validité de la clause de non-concurrence

274. *Justification.* La liberté du travail est un droit fondamental du salarié qui ne doit recevoir de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché⁷⁹². La clause de non-concurrence trouve sa justification dans l'intérêt de l'entreprise⁷⁹³ qui se mesure eu égard à l'activité de l'entreprise et aux fonctions du salarié. L'entreprise doit avoir un intérêt à ce que ce salarié ne travaille pas dans une entreprise concurrente.

275. *Etendue.* La clause doit également prévoir une obligation proportionnée. La clause de non-concurrence n'est licite que si elle tient est « limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié »⁷⁹⁴. En outre, elle ne doit pas empêcher le salarié de retrouver un emploi conforme à son expérience professionnelle⁷⁹⁵.

276. *Contrepartie.* Le 10 juillet 2002, la Cour de cassation a soumis la validité de la clause de non-concurrence au versement par l'employeur d'une contrepartie financière réelle et sérieuse, la contrepartie dérisoire étant assimilée à l'absence de contrepartie⁷⁹⁶. Cette solution a été accueillie par une partie de la doctrine qui a assimilé la contrepartie financière à la cause de l'obligation de non-concurrence⁷⁹⁷. Cette vision a été contestée car la cause d'une obligation post-contractuelle réside en principe dans le contrat⁷⁹⁸. Faire de la contrepartie financière la cause de l'obligation de non-concurrence consiste à faire de l'obligation de non-concurrence une obligation synallagmatique alors qu'elle n'a pas

⁷⁹² C. trav. art., L.1221-1

⁷⁹³ Cass. soc., 14 mai 1992 pourvoi n°89-45300

⁷⁹⁴ Cass. soc., 10 juillet 2002 pourvoi n° 00-45135

⁷⁹⁵ Cass. soc., 18 septembre 2002, Bull. civ. V n°273

⁷⁹⁶ Cass. soc., 15 novembre 2006 pourvoi n° 04-46721

⁷⁹⁷ Y. Serra, *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002 p.2491, note sous Cass. soc., 10 juillet 2002 pourvoi n° 00-45135

⁷⁹⁸ G. Blanc-Jouvan, *L'après contrat*, Thèse, p.53

nécessairement à l'être⁷⁹⁹. Le fondement de l'obligation de contrepartie financière serait davantage la prise en compte de l'équité. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que la contrepartie avait pour objet « d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi »⁸⁰⁰.

2- Les effets de la clause de non-concurrence

277. Exécution post-contractuelle. La clause de non-concurrence prend effet dès l'instant où le salarié quitte effectivement les effectifs de l'entreprise⁸⁰¹. Le contrat de travail est rompu mais le salarié est encore débiteur envers son ancien employeur d'une obligation de ne pas lui faire de concurrence⁸⁰², et l'employeur encore débiteur envers son ancien salarié d'une obligation de lui verser une contrepartie financière. Cette obligation trouvant sa source dans un contrat, elle tire son régime du droit des contrats. La force obligatoire du contrat oblige chacune des parties à exécuter leurs obligations post-contractuelles. La plupart des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de clause de non-concurrence le sont d'ailleurs au visa de l'article 1134 du Code civil⁸⁰³. De la même manière, l'interdiction de l'extinction unilatérale trouve application. L'employeur ne peut donc pas renoncer de manière unilatérale à l'obligation de non-concurrence durant l'exécution du contrat de travail⁸⁰⁴. Il ne peut renoncer unilatéralement à une clause de non-concurrence que si une stipulation contractuelle lui en donne la possibilité, en précisant que la Cour de cassation a limité cette possibilité conventionnelle au moment du départ du salarié des effectifs⁸⁰⁵. Elle entend ainsi protéger la prévision des parties, et notamment celle du salarié qui peut avoir compté sur la contrepartie de sa clause de non-concurrence pour percevoir un minimum de revenus. Le versement de la contrepartie est même garantie en cas de disparition de la société partie.

278. Exécution post-mortem. L'obligation de non-concurrence est, à l'image du contrat de travail, intuitu personae. En conséquence, la contrepartie n'est pas due par l'employeur

⁷⁹⁹ R. Vatinet, *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc. 2002 p.949, note sous Cass. soc., 10 juillet 2002 pourvoi n° 00-45135

⁸⁰⁰ Cass. soc., 15 janvier 2014 pourvoi n° 12-19472 ; J. Mouly Dr. soc. 2014 p.288

⁸⁰¹ Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-6872

⁸⁰² Cette obligation n'est pas violée par un salarié du seul fait de sa recherche d'emploi au sein d'une société concurrente s'il n'y est pas embauché : Cass. soc., 10 avril 2013 n° 11-25619

⁸⁰³ Exemples : Cass. soc., 24 juin 2015 pourvoi n° 14-13829 ; Cass. soc., 24 septembre 2014 pourvoi n° 13-18090 ; Cass. soc., 10 juillet 2013 pourvoi n° 12-14080 ; Cass. soc., 16 mai 2012 pourvoi n° 11-10712

⁸⁰⁴ Cass. soc., 11 mars 2015 pourvoi n° 13-22257

⁸⁰⁵ Cass. soc., 13 mars 2013 pourvoi n° 11-21150 : « l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires »

aux ayants-droit du salarié décédé⁸⁰⁶. La réciproque n'est pas vraie. « La cessation de l'entreprise n'a pas pour effet de décharger de plein droit le salarié de son obligation de non-concurrence »⁸⁰⁷. Ces solutions adoptées notamment par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2005 et consacrée en 2015 sont à replacées dans leurs contextes. Dans la première espèce, la société ancien employeur du salarié débiteur de l'obligation de non-concurrence avait cessé son activité faute de retrouver un repreneur. La Cour de cassation rend l'associé unique de cette société débiteur l'obligation de verser la contrepartie financière. Or, cet associé unique était une société dont l'activité était similaire à l'activité exercée par la société ayant disparu. L'obligation de non-concurrence de l'ancien salarié pouvait, en quelque sorte, être transférée envers la société associée unique, désormais débitrice de la contrepartie financière. Dans la seconde espèce, la société ancien employeur avait été placée en liquidation judiciaire postérieurement au départ des effectifs du salarié qui demandait le paiement de la contrepartie financière. La Cour de cassation a jugé que la mise en liquidation judiciaire de la société ne la libérait pas de son obligation de verser la contrepartie financière à la clause de non-concurrence. « La liquidation judiciaire ne constituant pas un cas de force majeure, la Cour de cassation n'entend pas libérer l'entreprise par une sorte d'imprévision qui ne dirait pas son nom »⁸⁰⁸. Cette jurisprudence est néanmoins contestable. « En effet, le salarié se trouve tenu par une obligation dont l'objet est devenu impossible - comment peut-on concevoir l'obligation de ne pas concurrencer une entreprise qui n'existe pas ? – et l'employeur se trouve obligé de payer pour se prémunir d'un risque qui n'existe plus »⁸⁰⁹. La solution aurait dû résider dans la caducité de l'obligation de non-concurrence, dépourvue d'objet et de cause (et la créance dépourvue de propriétaire). Dès lors, l'attendu utilisé par la Cour de cassation dans les deux arrêts précités semble être trop "de principe", alors que ces solutions ne devraient trouver des fondements que factuels. La Cour de cassation fait une grande application de la force obligatoire de la clause de non-concurrence.

⁸⁰⁶ Cass. soc., 29 octobre 2008 Bull. civ. V, n°207 pourvoi n°07-43093

⁸⁰⁷ Cass. soc., 5 avril 2005 Bull. civ. V, n°118 pourvoi n° 02-45540; Cass. soc., 21 janvier 2015 pourvoi n°13-26374

⁸⁰⁸ J. Mouly, *La survie de la clause de non-concurrence en dépit de la disparition de l'entreprise*, Dr. soc. 2015 p.374, note sous Cass. soc., 21 janvier 2015 pourvoi n°13-26374

⁸⁰⁹ J. Mouly prec.

Sous-section II : Le contrat limite des obligations

279. Les relations de travail ont un caractère malléable. L'obligation de subordination donne à l'employeur un large pouvoir de détermination des relations de travail : il peut les étendre, les compresser. Toutefois, les pouvoirs de l'employeur sur le salarié ne doivent pas dépasser le cadre contractuel. « Le "pouvoir de direction", ou "pouvoir" tout court, doit d'abord être confronté, dans sa généralité, à ce qui est sa source et sa première limite : le contrat individuel de travail »⁸¹⁰. La force obligatoire du contrat pose sa propre limite. L'exécution de l'obligation ne doit pas nuire à l'intégrité du contrat de travail (§1), et doit se restreindre au cadre contractuel (§2).

§1. Le respect de l'intégrité du contrat

280. *Modification indirecte.* L'exercice du pouvoir de direction ne doit pas être un prétexte pour l'employeur pour modifier unilatéralement le contrat de travail. Le changement des conditions de travail ne doit s'appliquer qu'aux conditions de travail, il ne peut s'étendre au contrat. Si le changement a des conséquences sur la substance du contenu contractuel, le salarié est en droit de refuser sans commettre un acte d'insubordination. Tel est le cas lorsque la mise en œuvre par l'employeur de la clause de mobilité « entraînerait nécessairement des conséquences sur sa rémunération »⁸¹¹, ou entraînerait le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou d'un horaire de nuit à un horaire de jour⁸¹². La possibilité de refuser n'est offerte au salarié que si l'avantage qui est atteint par le jeu de l'exercice du pouvoir de direction est un avantage contractualisé. Tel n'est pas le cas d'une prime variable non contractualisée liée à une tâche annexe disparaissant avec la nouvelle affectation du salarié⁸¹³. Le contrat se pose comme un rempart à l'obligation.

§2. Le respect des frontières du contrat

281. La qualification des frontières du contrat est devenue un exercice complexe à la vue des jurisprudences applicables en la matière desquelles il est difficile de dégager des principes certains. La qualification de ce qui relève ou non de l'exécution du contrat (I) permet de déterminer ce qui va relever des limites de la force obligatoire, et du régime de l'exécution du contrat (II).

⁸¹⁰ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz 28^e ed. p.632

⁸¹¹ Cass. soc., 27 février 2007 pourvoi n°05-44106

⁸¹² Cass. soc., 14 octobre 2008 pourvoi n° 07-40.092

⁸¹³ Cass. soc., 16 mars 2011 pourvoi n° 08-42671

I. La qualification de l'exécution du contrat

282. Le contrat de travail est exécuté au cours de la vie professionnelle du salarié. La définition de la vie professionnelle ne devrait en principe pas faire débat (A). Cependant, l'intérêt sous-jacent de l'entreprise confronté à celui du salarié, a donné lieu à des décisions jurisprudentielles alambiquées. De plus en plus, la jurisprudence tisse, découd, noue des liens entre vie professionnelle et vie personnelle du salarié qui s'en trouvent enchevêtrées (B).

A) Vie professionnelle

283. Définitions. La vie professionnelle est composée de trois critères alternatifs⁸¹⁴. Le premier critère est un critère temporel qui renvoie au temps pendant lequel le salarié n'est pas libre de vaquer à ses occupations personnelles. Cette définition correspond en pratique au temps de travail effectif du salarié. Le second critère est un critère spatial qui renvoie au lieu d'exécution de la prestation tel qu'il est précisé de manière large par le secteur géographique contractuel⁸¹⁵, ou de manière précise par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction⁸¹⁶. Le dernier critère est un critère matériel qui renvoie aux moyens corporels et incorporels de l'entreprise. Si le salarié est en-dehors du temps et du lieu de travail mais qu'il utilise son accessoire de travail, il est dans la vie professionnelle.

284. Etanchéité. Tout ce qui n'est pas de la vie professionnelle est de la vie personnelle du salarié. Pendant longtemps, les champs de la vie professionnelle et de la vie personnelle ressemblaient à un jardin à la française⁸¹⁷ bien délimité : d'une part il y avait la vie professionnelle, et d'autre part il y avait la vie personnelle. Aujourd'hui, si la frontière entre le champ de la vie personnelle et le champ de la vie professionnelle est moins linéaire, leur autonomie est toujours cultivée. « Les droits et libertés du salarié découlant de sa vie personnelle n'entrent pas dans la sphère du pouvoir de direction de l'employeur »⁸¹⁸. Telle est la solution constante adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation. « Un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement

⁸¹⁴ En ce sens : Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards et principes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica 2011 p.95

⁸¹⁵ Sauf clause contraire

⁸¹⁶ Ce qui engendre une circularité. L'employeur peut déterminer dans quel cadre contractuel il exercera son pouvoir de direction, mais il ne peut le faire que dans le respect de l'intégrité du contrat.

⁸¹⁷ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

⁸¹⁸ Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards et principes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica 2011 p.95

disciplinaire »⁸¹⁹. Ce que le salarié fait au titre de sa vie personnelle ne relève pas de l'exécution du contrat de travail et ne peut pas justifier l'exercice du pouvoir de subordination de l'employeur.

B) Vie professionnelle et vie personnelle

285. Alors qu'elles faisaient pendant un temps l'objet d'une délimitation stricte, la vie professionnelle et la vie personnelle interagissent. La vie professionnelle du salarié empiète sur la vie personnelle du salarié (1), et inversement la vie personnelle du salarié empiète sur la vie professionnelle du salarié (2).

1- L'impact de la vie professionnelle sur la vie personnelle

286. *Le rattachement des faits.* « Un fait se rapportant à priori à la vie personnelle peut être qualifié de faute disciplinaire s'il se rattache par un élément à la vie professionnelle »⁸²⁰. Les apparences peuvent être trompeuses, un fait ayant lieu en-dehors du temps et du lieu de travail peut quand même relever de la vie professionnelle. La Cour de cassation utilise le mécanisme du rattachement : certains comportements adoptés par le salarié dans sa vie hors travail justifient une sanction disciplinaire en raison des liens forts qui les rattachent à la vie professionnelle⁸²¹. Ainsi, un salarié qui menace, insulte, ou adopte un comportement agressif envers un de ses collègues de travail à l'occasion d'un séminaire organisé par l'employeur⁸²² ou simplement sur une voie publique⁸²³, bien qu'en dehors du temps et du lieu de travail, se rattache à la vie professionnelle en raison de son critère matériel. La notion de rattachement semble être envisagée par la Cour de cassation de manière objective, un élément matériel doit rattacher les faits du salarié à sa vie professionnelle⁸²⁴. Toutefois, les formules qu'elle utilise laissent entendre que seul « ce comportement [fautif] se rattachait à la vie professionnelle de l'entreprise »⁸²⁵. Le fait que deux salariés aient une conversation ne se rattacherait donc pas en soi à la vie professionnelle, ne

⁸¹⁹ Cass. soc., 23 juin 2009, Bull. civ. V. n°160 pourvoi n° 07-45.256

⁸²⁰ Bull. trim. Dr. trav., 1^{er} trimestre, 2006 n°450

⁸²¹ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

⁸²² Cass. soc., 8 octobre 2014 pourvoi n°13-16793

⁸²³ Cass. soc., 16 septembre 2015 pourvoi n° **14-16376**

⁸²⁴ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

⁸²⁵ Cass. soc., 16 septembre 2015 pourvoi n° **14-16376**

relèverait que de la vie professionnelle de l'entreprise⁸²⁶ que le fait fautif⁸²⁷. La formule maladroite de la Cour de cassation s'explique par le fait que le constat de rattachement à la vie professionnelle n'intervienne que dans un cadre contentieux. Seul le fait fautif du salarié ne doit être rattaché à sa vie professionnelle pour recevoir une condamnation par l'employeur. Cela n'empêche pas que toute la conversation entretenue par les salariés soit matériellement rattachée à leur vie professionnelle.

287. *Le rattachement du fait des fonctions.* L'impact de la vie personnelle du salarié sur sa vie professionnelle se manifeste par un second mécanisme. La Cour de cassation juge qu'un fait de la vie personnelle du salarié « même ne se rattachant pas à sa vie professionnelle, peut donner lieu à une sanction disciplinaire »⁸²⁸. Elle se fonde sur les fonctions particulières exercées par le salarié. Une salariée dont les attributions consistaient à lutter contre la fraude aux prestations familiales et qui commet des fraudes dans une caisse totalement indépendante de celle dont elle relevait viole son obligation particulière de loyauté et de probité⁸²⁹. La Cour de cassation semble étendre à la vie personnelle des salariés occupant des fonctions particulières les obligations que tout employeur peut attendre de tout salarié durant sa vie professionnelle⁸³⁰. La vie professionnelle du salarié fait son apparition dans sa vie professionnelle.

288. *Exécution du contrat de travail.* « C'est d'abord au temps et au lieu de travail que le salarié accomplit les obligations qui découlent de son engagement contractuel »⁸³¹. La Cour de cassation, en visant dans ses arrêts des faits de la vie personnelle se rattachant à la vie professionnelle du salarié, semble associer le salarié hors de son temps et lieu de travail au salarié hors de sa vie professionnelle. Ce principe aboutirait cependant à écarter le critère matériel de la définition de la vie professionnelle. Ce n'est pas parce qu'un acte intervient hors du temps et du lieu de travail qu'il n'est pas en lien avec les fonctions du

⁸²⁶ L'expression de vie professionnelle de l'entreprise sonne d'ailleurs comme un pléonasme. La Cour de cassation aurait dû préférer le terme de vie professionnelle du salarié, qui peut avoir une vie professionnelle ou personnelle. L'entreprise n'a elle, en revanche, qu'une vie professionnelle.

⁸²⁷ En ce sens, voir J. Mouly, *Il y a vacances... et vacances : le rattachement à la vie professionnelle d'un séjour d'agrément organisé par l'entreprise*, Dr. soc. 2014 p.1064, note sous Cass. soc., 8 octobre 2014 pourvoi n°13-16793

⁸²⁸ J. Mouly, *Il y a vacances... et vacances : le rattachement à la vie professionnelle d'un séjour d'agrément organisé par l'entreprise*, Dr. soc. 2014 p.1064

⁸²⁹ Cass. soc., 25 février 2003 pourvoi n° 00-42031, **Bull. civ. V, n°66**

⁸³⁰ J. Savatier, *Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle*, Dr. soc. 2003 p.625 : « Quant à la probité, tout employeur peut la souhaiter de la part de son personnel, mais il ne peut habituellement l'exiger que dans la vie professionnelle du salarié, et non dans sa vie personnelle. »

⁸³¹ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

salarié, et que le salarié est hors de sa vie professionnelle. Les autres chambres civiles de la Cour de cassation ont d'ailleurs adopté de telles solutions en matière de responsabilité civile des commettants du fait de leurs préposés. Elles considèrent que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions⁸³². Il n'est nullement nécessaire au salarié d'être à son temps et lieu de travail pour agir dans l'exercice de ses fonctions, les arrêts le caractérisent au contraire en renvoyant à des faits matériels⁸³³. Le salarié qui agit dans ses fonctions vis-à-vis des tiers, agit également dans ses fonctions vis-à-vis de son employeur. En réalité, la chambre sociale de la Cour de cassation veut protéger la vie privée du salarié. L'idée selon laquelle la vie personnelle du salarié « inclut comme une de ses composantes la "vie privée" du salarié »⁸³⁴ est contagieuse mais erronée, vie personnelle et vie privée ne se confondent pas. La vie privée est un droit de l'Homme protégé notamment par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen, et par l'article 9 du Code civil. La vie personnelle est une qualification qui permet de déterminer quand le salarié n'exécute pas son contrat de travail. Ce serait donc à tort que la chambre sociale de la Cour de cassation affirme que « un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail »⁸³⁵. Dès lors qu'un fait de la vie personnelle constitue un manquement à une obligation contractuelle, c'est qu'il ne s'agit plus de la vie personnelle mais de la vie professionnelle du salarié, qui a mal exécuté son contrat de travail. « Il est des obligations professionnelles qui le [le salarié] suivent partout et toujours »⁸³⁶. Dès lors, « "rattachement à la vie professionnelle" et "violation d'une obligation professionnelle" ne sont, au final, qu'une seule et même chose »⁸³⁷.

⁸³² Cass. ass. plen. 19 mai 1988 Bull. civ. n°5

⁸³³ Cass. civ. 2è., 16 juin 2011 pourvoi n° **10-21021** : **pour la falsification des contrats d'assurance** ; **Cass. civ. 2è., 16 juin 2005 pourvoi n° 03-19705** : pour l'escroquerie réalisée par une salariée « grâce à ses fonctions ».

⁸³⁴ P. Waquet, *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIè Siècle-Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier* : LGDJ 2001 p.514

⁸³⁵ Cass. soc., 10 juillet 2013 pourvoi n° **12-16878**

⁸³⁶ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

⁸³⁷ Ibid.

2- L'impact de la vie personnelle sur la vie professionnelle

- 289. *La nature contractuelle de la vie personnelle.*** « 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 »⁸³⁸. La chambre sociale de la Cour de cassation reprend son oxymore entre vie personnelle et manquement contractuel. Un salarié avait consommé des drogues dures à l'occasion de sa vie personnelle alors qu'il « appartenait au "personnel critique pour la sécurité" » et se retrouvant sous l'influence de ces produits pendant l'exercice de ses fonctions, il violait manifestement son obligation de sécurité de moyen. Le comportement que le salarié a adopté durant sa vie personnelle a eu des répercussions sur sa vie professionnelle. Ces répercussions ne doivent pas pour autant être qualifiées comme relevant de la vie personnelle du salarié malgré leur fait générateur. S'il y a un manquement à une obligation contractuelle, c'est qu'il y avait vie professionnelle. Le salarié qui consomme de la drogue en-dehors de sa vie professionnelle n'en reste pas moins protégé au titre de sa vie privée, le contrôle de l'employeur sur la bonne exécution du contrat est limité pour en assurer le respect⁸³⁹.
- 290. *Le régime contractuel de la vie personnelle.*** Il existe pourtant des hypothèses dans lesquelles l'étanchéité entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié n'est pas respectée. Des comportements adoptés par le salarié qui ne peuvent être rattachés à sa vie professionnelle ni géographiquement, ni temporellement, ni matériellement, justifient que l'employeur mette fin à la relation de travail. Il s'agit des cas de licenciement du salarié pour trouble objectif au fonctionnement ou à l'image de l'entreprise. Il « peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »⁸⁴⁰. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il faut d'abord qualifier un fait, qui n'est pas nécessairement une faute civile ou pénale, puis le trouble que ce fait a causé à l'organisation ou à l'image de l'entreprise. Ce trouble s'apprécie eu égard à la finalité de l'entreprise et aux fonctions du salarié.

⁸³⁸ Cass. soc., 27 mars 2012 pourvoi n°10-19915, Bull. civ. V n°106

⁸³⁹ Sur le respect des droits fondamentaux, voir infra n°307

⁸⁴⁰ Cass. soc., 17 avril 1991 pourvoi n° 90-42636

- 291.** La Cour de cassation a pu hésiter dans la qualification de certains faits. Elle a d'abord jugé que la perte du permis de conduire par le salarié à l'occasion de sa vie personnelle était rattachée à la vie professionnelle et justifiait un licenciement disciplinaire⁸⁴¹. A la suite d'une décision du Conseil d'Etat consacrant la solution inverse⁸⁴², elle a décidé qu'un fait de la vie personnelle ne permettait de sanctionner le salarié que s'il s'agissait d'un manquement à une obligation contractuelle⁸⁴³, ce qui n'était pas le cas de la suspension du permis de conduire. Si la jurisprudence de la Cour de cassation reste incertaine sur ce point⁸⁴⁴, celle du Conseil d'Etat permet à l'employeur de licencier le salarié dont la perte du permis de conduire rend impossible son maintien dans l'entreprise compte tenu de sa répercussion sur son fonctionnement⁸⁴⁵. Un salarié qui a besoin de conduire un véhicule pour exercer sa mission cause nécessairement un dysfonctionnement dans l'organisation de l'entreprise en perdant son permis de conduire. Par ailleurs, d'autres comportements fautifs civilement ou pénalement adoptés par le salarié au cours de sa vie personnelle peuvent constituer des troubles objectifs au fonctionnement ou à l'image de l'entreprise. La condamnation pénale du salarié, notamment en cas d'attentat à la pudeur sur mineur par le directeur d'un établissement⁸⁴⁶, ou de fait de violences physiques⁸⁴⁷, qui causent un trouble à l'image et au fonctionnement de l'entreprise⁸⁴⁸, justifie le licenciement non-disciplinaire du salarié.
- 292.** Le trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise est également caractérisé alors que le salarié n'a commis aucune faute pénale ou civile. Cela concerne notamment les salariés appartenant à des entreprises de tendance qui ont pour objet de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques⁸⁴⁹. Un fait relevant de la vie personnelle d'un salarié méconnaissant une des valeurs essentielles de l'entreprise peut engendrer un trouble caractérisé au sein de celle-ci. La Cour de cassation a eu à se prononcer dans une célèbre affaire concernant un aide sacristain homosexuel. Elle a jugé, eu égard aux fonctions du salarié qui ne l'exposaient pas aux fidèles de l'Eglise, que l'homosexualité du salarié de l'association ne caractérisait pas un trouble au sein de

⁸⁴¹ Cass. soc., 2 décembre 2003 pourvoi n°01-43227

⁸⁴² CE 15 décembre 2010 pourvoi n°316856

⁸⁴³ Cass. soc., 3 mai 2011 pourvoi n°09-67464

⁸⁴⁴ J. Mouly, *La clause prévoyant la rupture du contrat de travail en cas de retrait du permis de conduire du salarié ne peut justifier un licenciement*, Dr. soc. 2014 p.479

⁸⁴⁵ CE, 4 juillet 2005 pourvoi n°272193

⁸⁴⁶ Cass. soc., 21 mai 2002, pourvoi n°00-41128

⁸⁴⁷ Cass. soc., 14 septembre 2010 pourvoi n°09-65675

⁸⁴⁸ Cass. soc., 26 février 2003 pourvoi n°01-40255

⁸⁴⁹ Cass. ass. plen. 25 juin 2014 pourvoi n°13-28369

l'association⁸⁵⁰. Toutefois, dès lors que le salarié occupe des fonctions importantes au sein de l'entreprise, il peut causer un trouble objectif à l'image de l'entreprise en ne respectant pas ses valeurs.

- 293.** Le licenciement prononcé en conséquence ne peut pas être un licenciement disciplinaire. « La qualification de faute contractuelle est exclue »⁸⁵¹. La jurisprudence du trouble objectif est le corollaire de l'obligation de motivation de licenciement par l'employeur. En droit commun des contrats, en raison de la prohibition des engagements perpétuels, il est possible de rompre le contrat à durée indéterminée si le comportement extracontractuel du cocontractant n'est pas conforme à une idéologie. En droit du travail, l'employeur devient juge de la force obligatoire du contrat et n'est juge que de la force obligatoire du contrat. Il ne peut pas porter de jugement sur la vie personnelle du salarié. Cependant, « en refusant qu'un fait de la vie personnelle puisse "objectiver" la perte de confiance, la jurisprudence conduit à interdire tout licenciement lié à un fait de la vie personnelle, à moins qu'un trouble ne se manifeste physiquement dans l'entreprise »⁸⁵². Le trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise devient une zone grise, entre la vie professionnelle et la vie personnelle, qui permet, au nom de la coopération des membres de l'entreprise, le licenciement du salarié pour un fait tiré de sa vie personnelle.

II. Le régime de l'exécution du contrat

- 294.** « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public »⁸⁵³. L'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 consacre le principe de l'exécution de bonne foi et l'étend à la formation et à la négociation des contrats. Cet article se trouvera dans le chapitre consacré aux dispositions liminaires, à la suite de l'article 1103 reprenant l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil. La bonne foi contractuelle, longtemps méjugée par la doctrine qui en faisait une norme d'interprétation des contrats plutôt que la mesure du contrat qu'elle est aujourd'hui, s'impose comme une définition du contrat. En droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a donné à ce principe une substance particulière, en l'articulant notamment avec les dispositions du Code du travail imposant le respect des droits et libertés individuelles dans

⁸⁵⁰ Cass. soc., 17 avril 1991 pourvoi n° 90-42636

⁸⁵¹ G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse, 2014, LexisNexis, p.59

⁸⁵² Ibid, p.60

⁸⁵³ Article 1104 du Code civil au 1er octobre 2016

l'entreprise. Cela implique tant le respect de l'employeur par le salarié (A), que le respect du salarié par l'employeur (B).

A) Le respect de l'employeur

295. *Fonctionnement de l'entreprise.* Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi⁸⁵⁴. Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat découle de l'obligation de bonne foi. Le devoir de loyauté du salarié l'empêche de promouvoir ou créer une entreprise concurrente⁸⁵⁵. Il ne doit pas non plus divulguer les secrets de l'entreprise. « Au-delà de l'exécution fidèle du contrat, elle [la bonne foi contractuelle] impose à chacun d'adopter une attitude positive afin que l'exécution du contrat se fasse dans les meilleures conditions possibles »⁸⁵⁶. Le devoir de loyauté du salarié se conjugue avec les devoirs que l'équité ajoute au contenu contractuel en vertu de l'article 1135 du Code civil. Le salarié doit de manière positive informer son employeur lorsqu'il a connaissance d'un fait le concernant qui pourrait venir perturber le fonctionnement de l'entreprise⁸⁵⁷. L'obligation d'information ne concerne que les faits « en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent » et « de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions »⁸⁵⁸.

296. *Image de l'entreprise.* Le salarié doit dire des choses et ne pas en dire d'autres. Au visa de l'article L.1121-1 du Code du travail⁸⁵⁹, la Cour de cassation juge que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en-dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées »⁸⁶⁰. « La loyauté que l'employeur est en droit d'exiger ne prohibe que l'abus », « la déloyauté c'est l'abus, la déloyauté ce n'est que l'abus »⁸⁶¹. Le salarié commet un abus s'il tient des propos injurieux,

⁸⁵⁴ C. civ. art., 1134 al.3 ; C. trav. art., L.1222-1

⁸⁵⁵ Cass. soc., 9 avril 2014 pourvoi n°12-24019 : pour la promotion d'une entreprise concurrente ; Cass. soc., 12 février 2014 pourvoi n°12-24133 : pour la création d'une entreprise concurrente ; CE 27 mars 2015 pourvoi n°371174 : pour la création d'une entreprise concurrente pendant les heures de délégation

⁸⁵⁶ B. Bossu, *La dissimulation par le salarié de sa mise en examen peut constituer un acte de déloyauté*, JCP S 2014 p.1461, note sous Cass. soc., 29 septembre 2014 pourvoi n°13-13661

⁸⁵⁷ Cass. soc., 21 novembre 2012 pourvoi n° **11-18686 : pour l'information préalable d'une longue absence.**

⁸⁵⁸ **Cass. soc. 29 septembre 2014 pourvoi n°13-13661 : pour la mise en examen d'une salariée.**

⁸⁵⁹ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

⁸⁶⁰ Cass. soc., 2 mai 2011 pourvoi n°98-45532 ; Cass. soc., 15 décembre 2009 pourvoi n°07-44264

⁸⁶¹ P. Adam, *Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

diffamatoires ou excessifs⁸⁶². Le visa de l'article L.1121-1 du Code du travail paraît toutefois « inexplicable »⁸⁶³. Cet article empêche une personne (« nul ») d'apporter des restrictions aux droits et libertés des personnes. Le devoir de loyauté n'est pas une restriction apportée par l'employeur à la liberté d'expression, c'est une modalité d'exécution du contrat de travail. L'article L.1121-1 du Code du travail ne viendrait à s'appliquer que si le contrat ou l'employeur par décision unilatérale prévoyait une obligation de réserve particulière. L'abus de la liberté d'expression ne restreint pas la liberté d'expression, il s'agit plutôt de sa limite naturelle, un devoir de ne pas faire. D'une manière générale, les obligations découlant de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail traduisent une norme de comportement⁸⁶⁴ à adopter par le salarié dans sa vie professionnelle. La violation de cette norme qualitative en-dehors du temps et du lieu de travail entraînerait également une violation de la force obligatoire du contrat de travail, et serait considérée par la chambre sociale de la Cour de cassation comme un rattachement à la vie de l'entreprise.

B) Le respect du salarié

297. L'employeur est tenu au même titre que le salarié d'exécuter le contrat de travail de bonne foi. En outre, l'article L.1121-1 du Code du travail lui impose de respecter le salarié non plus comme son cocontractant, mais comme tout citoyen. La prohibition des restrictions aux libertés des personnes⁸⁶⁵ est rendue nécessaire par les pouvoirs exorbitants de l'employeur vis-à-vis des salariés. Cet article irrigue toutes les relations de travail. Il convient pour l'employeur de respecter le salarié dans le travail (1), il s'agit alors des modalités d'exécution du travail, et de manière presque transcendante, de respecter la personne du salarié au travail (2).

1- Le respect du salarié dans le travail

298. L'exigence de bonne foi contractuelle a souvent été confondue avec les suites que l'équité donne au contrat. L'article 1134 alinéa 3 et l'article 1135 du Code civil, s'ils permettent tous les deux d'imposer le respect du salarié, n'ont pourtant pas le même domaine

⁸⁶² Cass. soc., 15 décembre 2009 pourvoi n° 07-44264

⁸⁶³ Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards et principes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica 2011 p.98

⁸⁶⁴ Ibid. p.92

⁸⁶⁵ L'article L.1121-1 du Code du travail renvoie en effet aux droits des personnes et non droits des salariés.

d'application. La loyauté renvoie davantage à une obligation de ne pas faire (a), tandis que l'équité force le contenu contractuel (b).

a- La loyauté

299. *La justification.* Afin de prévenir tout usage abusif de son pouvoir de direction par l'employeur, la Cour de cassation subordonne l'exercice de ce pouvoir à sa conformité avec l'intérêt de l'entreprise. « La bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise »⁸⁶⁶. Le respect de l'intérêt de l'entreprise dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur est donc associé à l'exécution de bonne foi du contrat de travail. L'intérêt de l'entreprise doit notamment être pris en compte lorsque l'employeur décide de changer les conditions de travail du salarié. L'employeur ne doit pas se servir de la force obligatoire du contrat de travail pour commettre un abus de droit, les modalités d'exécution du contrat interviennent pour limiter son pouvoir. L'employeur peut notamment invoquer, au titre de l'intérêt de l'entreprise, le respect par le salarié de la discipline et donc le respect de la force obligatoire du contrat de travail. Ainsi, la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'est pas abusive si elle est justifiée par l'indiscipline du salarié⁸⁶⁷. La force obligatoire du contrat donne à l'employeur le pouvoir de faire respecter la force obligatoire du contrat.

300. *La coopération.* Le devoir de coopération est classiquement associé à la bonne foi contractuelle, l'exercice par l'employeur de son pouvoir ne doit pas empêcher le salarié d'exécuter correctement sa prestation de travail. Manque à cette bonne foi l'employeur qui cesse de faire bénéficier à une salariée « de l'avantage lié à sa fonction consistant à la faire prendre à son domicile compte tenu de la spécificité de son travail et de l'horaire exceptionnel de prise du travail »⁸⁶⁸. Le juge prend garde à ce que l'employeur, en changeant les conditions de travail, ne porte pas une atteinte excessive à la vie personnelle du salarié⁸⁶⁹. Le respect de la vie personnelle du salarié est en principe rattaché à l'exigence de bonne foi contractuelle⁸⁷⁰. La vie personnelle a un nouvel impact sur la vie professionnelle qui ne s'insère, non plus dans une logique de qualification de l'exécution

⁸⁶⁶ Cass. soc., 23 février 2005 pourvoi n° 03-42018

⁸⁶⁷ Cass. soc., 11 juillet 2001 pourvoi n°99-41574

⁸⁶⁸ Cass. soc., 10 mai 2006 pourvoi n° 05-42.210

⁸⁶⁹ Cass. soc., 23 mars 2011 pourvoi n°09-69127 ; Cass. soc., 3 novembre 2011 pourvoi n°10-14702, JCP S 2011 p.442

⁸⁷⁰ En ce sens v. A. Mazeaud, *Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*, Dr. soc. 2004 p.77

du contrat, mais de qualité de l'exécution. Bien que ces deux vies relèvent de régimes bien différents, elle ne se développent pas indépendamment l'une de l'autre. Il revient à l'employeur, dans l'exécution de bonne foi du contrat de travail, de ne pas ignorer l'importance de l'influence de la vie personnelle sur la vie professionnelle du salarié en faisant preuve de tolérance, et l'influence de sa vie professionnelle sur sa vie personnelle en respectant la vie du salarié hors contrat de travail. « Le législateur a ainsi inscrit dans l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, un complément, voire un "frein harmonieux", à l'alinéa 1 du même article »⁸⁷¹. Plus qu'un frein, la bonne foi contractuelle sert parfois d'accélérateur, puisque l'employeur doit prendre loyalement en considération le souhait d'un salarié d'être affecté dans un autre lieu⁸⁷², ce qui peut l'amener à muter effectivement le salarié. L'exigence de bonne foi est une règle de conduite qui pénètre toutes les relations de travail entre l'employeur et le salarié.

b- L'équité

301. *La direction.* La source du devoir d'information est ambiguë, les auteurs ont naturellement tendance à l'associer au devoir de coopération engendré par la bonne foi contractuelle⁸⁷³. Cette position se comprend aisément au regard de la finalité de l'obligation d'information. Il s'agit de protéger les parties et de permettre la bonne exécution du contrat. Ainsi, selon certains auteurs « une des conséquences de l'idée de collaboration entre les cocontractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »⁸⁷⁴. La Cour de cassation même a pu juger que l'employeur a une obligation d'informer le salarié sur tout ce qui est de nature à affecter leur relation de travail, fondée sur la bonne foi contractuelle. Il doit notamment le prévenir d'un changement des conditions de travail dans un délai raisonnable⁸⁷⁵. « Quand l'employeur tarde à avertir le salarié de sa décision de transférer le siège social de l'entreprise, de sorte que le salarié n'a pu organiser son déménagement dans les meilleurs conditions »⁸⁷⁶, il manque « à l'exigence de bonne foi contractuelle dans la mise en œuvre

⁸⁷¹ Y. Picod *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, p.9

⁸⁷² Cass. soc., 28 octobre 2009 pourvoi n° 08-41883

⁸⁷³ B. Fages, *Droit des obligations* LGDJ Lextenso éditions, 5è ed p.234

⁸⁷⁴ R. Demogue *Traité des obligations en général*, T VI : Librairie A. Rousseau, 1931 p.29

⁸⁷⁵ Cass. soc., 3 février 2010 pourvoi n° 08-41412

⁸⁷⁶ J. Savatier, *Contrat de travail. Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié*. Dr. soc. 2006 p.803

d'un changement des conditions de travail »⁸⁷⁷. Pourtant, en établissant une nouvelle obligation indépendante des autres obligations contractuelles, le juge a davantage usé de son pouvoir de forçage du contrat de travail grâce à l'article 1135 du Code civil et aux suites que l'équité apporte au contrat de travail. La même obligation d'information encadre l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur sur ses salariés.

302. *Le contrôle.* L'emploi d'un procédé de surveillance clandestin est illicite⁸⁷⁸. A contrario, la surveillance d'un salarié opérée sans procédé particulier peut être clandestine. Premièrement, le procédé porté à la connaissance des salariés doit être un dispositif technique ou technologique. Un service interne à l'entreprise chargé du contrôle de l'activité des salariés n'en est pas un⁸⁷⁹. Ensuite, le dispositif n'est pas un procédé de contrôle s'il n'est pas permanent. Le fait pour l'employeur de vérifier ponctuellement l'historique de navigation interne⁸⁸⁰, ou le relevé de communications téléphoniques⁸⁸¹ du salarié n'a pas besoin d'être porté à sa connaissance pour être licite. Enfin, les procédés sont portés à la connaissance des salariés s'ils ont pour finalité au moins partielle de surveillance des salariés. Tel n'est pas le cas d'un système de vidéosurveillance mis en place dans un entrepôt pour assurer la sécurité du magasin⁸⁸². En revanche, un système de vidéosurveillance ayant pour finalité partielle d'enregistrer les comportements des salariés est un procédé technique permanent de surveillance des salariés⁸⁸³. Afin que le procédé ne soit pas clandestin, l'employeur doit porter à la connaissance individuelle⁸⁸⁴ des salariés ses motifs, ses modalités, le droit d'accès aux données personnelles, le ou les destinataires des données personnelles et les garanties de confidentialité. Parallèlement, l'employeur doit assurer une information et une consultation du comité d'entreprise concernant le procédé de surveillance⁸⁸⁵, ainsi que le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en raison du stress que cela peut provoquer chez les salariés. Enfin, tout système de traitement automatisé des données doit faire l'objet d'une autorisation délivrée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés⁸⁸⁶. Il s'agit de la transposition de l'obligation d'information consacrée en droit commun des contrats. L'obligation

⁸⁷⁷ Cass. soc., 4 avril 2006 pourvoi n° 04-43.506

⁸⁷⁸ Cass. soc., 14 mars 2000 pourvoi n° 98-42.090

⁸⁷⁹ Cass. soc., 5 novembre 2014 pourvoi n° 13-18427

⁸⁸⁰ Cass. soc., 9 juillet 2008 pourvoi n° 06-45800

⁸⁸¹ Cass. soc., 15 mai 2001 pourvoi n° 99-42937

⁸⁸² Cass. soc., 26 juin 2013 pourvoi n° 12-16564

⁸⁸³ Cass. soc., 7 juin 2006 pourvoi n° 04-43.866

⁸⁸⁴ C. trav. art., L.1222-4

⁸⁸⁵ C. trav. art., L.2323-47

⁸⁸⁶ Cass. soc., 6 avril 2004 pourvoi n° 01-45227

d'informer le salarié de l'existence d'un contrôle fait, à l'instar de l'obligation d'information en matière d'exercice du pouvoir de direction, écho à la philosophie de l'obligation de loyauté, et donc de bonne foi contractuelle. Il apparaîtrait injuste de ne pas informer le salarié qu'il se fait contrôler. En ce sens, la philosophie de l'équité telle qu'édictée à l'article 1135 du Code civil rejoint celle de la loyauté telle qu'édictée à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil.

- 303. *La preuve.*** La loyauté rejaillit d'ailleurs sur le droit de la preuve. La preuve utilisée par l'employeur n'est loyale que si le procédé technique de surveillance remplit ces conditions. L'employeur ne peut pas sanctionner un salarié pour un fait dont il aurait eu connaissance grâce à un procédé clandestin de surveillance des salariés. La preuve ainsi obtenue est illicite et doit entraîner son rejet des débats⁸⁸⁷. Ainsi, l'employeur ne peut utiliser à l'encontre des salariés les informations qu'il a collectées grâce à un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL⁸⁸⁸.
- 304.** Toutes les relations de travail sont dominées par le respect du salarié par l'employeur et de l'employeur par le salarié. Ces modalités d'exercice des obligations permettent de modérer la force obligatoire du contrat de travail. Toutefois, les dispositions générales de bonne foi et d'équité n'ont pas paru suffisantes au législateur pour protéger le salarié.

2- Le respect du salarié au travail

- 305.** Le salarié est un citoyen dans l'entreprise. La Cour européenne des droits de l'Homme assimile d'ailleurs l'employeur à une autorité publique pour l'application de l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen⁸⁸⁹. A l'instar d'une autorité publique, l'employeur doit respecter les droits du salarié (a). Toutefois « investi de pouvoirs par une norme privée, l'employeur est en charge d'une collectivité dont le bon fonctionnement demande de limiter les libertés de ses membres ; il est une « autorité publique » à la mesure du contrat »⁸⁹⁰. Cette limitation doit respecter les impératifs de justification et de proportionnalité (b).

⁸⁸⁷ Cass. soc., 4 février 1998 pourvoi n° 95-43.421

⁸⁸⁸ Cass. soc., 8 octobre 2014 pourvoi n°13-14991

⁸⁸⁹ CEDH, 7 nov. 2002, Madsen c/ Danemark : req. n° 58341/00

⁸⁹⁰ G. Duchange « *Le concept d'entreprise en droit du travail* » Thèse, 2014, LexisNexis, p.65

a- Le respect des droits

306. *L'exemple de la vie privée.* Au-delà de l'obligation de bonne foi, l'exécution du contrat de travail s'inscrit dans un cadre de respect des droits fondamentaux des parties par les parties. Les libertés fondamentales s'imposent comme toile de fond, transposables dans n'importe quelle relation. Le pouvoir de l'employeur n'est plus limité par l'ordre contractuel mais par l'ordre public. L'exemple suscitant le plus de contentieux consiste dans le respect par l'employeur du droit à la vie privée du salarié. La vie privée est notamment protégée par l'article 9 du Code civil et par l'article 8 paragraphe 1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen. Elle se définit négativement, par ce qui n'est pas de la vie publique du salarié. Le concept de vie privée doit être distingué du concept de vie personnelle, « concept jurisprudentiel évidemment plus large que le précédant car couvrant à la fois la vie privée et la vie publique du salarié »⁸⁹¹. La vie professionnelle intègre la vie privée du salarié⁸⁹², la vie privée couvre à la fois la vie personnelle et la vie professionnelle. Il convient de définir à quel point l'employeur peut connaître de l'intimité du salarié. Le pouvoir le plus intrusif dont il dispose à ce titre est le pouvoir de contrôle de l'activité du salarié. Les modalités d'exercice de ce pouvoir prennent en compte le respect de la vie privée du salarié : sauf cas d'urgence, l'employeur ne peut pas prendre sciemment connaissance de faits relevant de l'intimité du salarié sans son consentement ou sans que celui-ci n'ait été dûment prévenu⁸⁹³. Si, en ouvrant un document appartenant au salarié et n'étant pas estampillé comme personnel, il découvre un fait appartenant à la vie privée du salarié, il a un devoir de tolérance. Il ne peut utiliser à lui seul ce fait contre le salarié⁸⁹⁴. Ainsi, le fait de recevoir de la correspondance privée, même s'il s'agit d'une revue échangiste, ne constitue pas en lui-même une faute⁸⁹⁵. « Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ E. Collomp, « *La vie personnelle au travail* » Dr. social 2010 p.40

⁸⁹² CEDH 4 mai 2000 n° 28341/95, D.2001, somm. 1988

⁸⁹³ Voir infra n°302

⁸⁹⁴ Cass. soc., 10 mai 2012 pourvoi n° 11-11252

⁸⁹⁵ Cass. ch. mixte., 18 mai 2007 pourvoi n° 05-40.803

⁸⁹⁶ Cass. soc., 2 octobre 2001 pourvoi n°99-42.942, *Nikon*.

b- Les restrictions des droits

307. *Les conditions de l'article L.1121-1 du Code du travail.* Le Conseil d'Etat fut le premier à limiter le pouvoir de l'employeur. Dans sa décision Corona du 1^{er} février 1980⁸⁹⁷, il juge que « lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits des personnes que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché ». Suite au rapport rendu par le Professeur Lyon-Caen sur les libertés publiques et l'emploi, ces conditions de justification et de proportionnalité, déjà consacrées en matière d'établissement du règlement intérieur, ont été étendues à tous les actes régissant les relations de travail. Le Professeur Lyon-Caen s'était notamment interrogé sur l'essor du pouvoir de contrôle de l'employeur sur les salariés, qui devenait de plus en plus attentatoire à la vie privée des salariés en raison du développement des nouvelles technologies⁸⁹⁸. Il estimait alors que le droit positif n'était pas suffisant pour protéger les libertés individuelles des salariés dans l'entreprise. La loi du 31 décembre 1992 ajoute au Code du travail un article L.120-2 devenu l'article L.1121-1, disposant que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». En principe, nulle décision prise par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction ne doit restreindre les droits des personnes et les libertés individuelles. Par exception, une restriction peut intervenir si elle est justifiée et proportionnée. La condition de justification oblige l'employeur à justifier d'un intérêt légitime. Celui-ci est entendu strictement⁸⁹⁹. Par exemple, la restriction de la liberté de religion d'une éducatrice de jeunes enfants empêchée de porter le voile par le règlement intérieur de la crèche privée qui l'employait est justifié par la nature de ses fonctions⁹⁰⁰. La condition de proportionnalité subordonne la restriction opérée à un principe de subsidiarité. La mise en place d'un système de géolocalisation des salariés n'est licite que lorsque le contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen⁹⁰¹.

308. *Le domaine de l'article L.1121-1 du Code du travail.* L'article L.1121-1 du Code du travail concerne les éventuelles restrictions des droits et libertés fondamentaux des

⁸⁹⁷ CE 1^{er} février 1980 N° 06361

⁸⁹⁸ R. Vatinet, *Bibliographie en droit du travail*, Dr.soc. 1992 p.1009

⁸⁹⁹ Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards et principes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica 2011 p.101

⁹⁰⁰ Cass. ass. plen., 25 juin 2014 pourvoi n° 13-28369

⁹⁰¹ Cass. soc., 3 novembre 2011 pourvoi n°10-18036

personnes. Il s'applique à tous les actes susceptibles d'apporter une telle restriction, tant à la conclusion du contrat de travail qu'aux actes pris par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction, au cours de l'exécution du contrat de travail. L'article L.1121-1 ne parle pas de porter atteinte à une liberté, mais bien de la restreindre. Cela sous-entend l'existence d'un acte positif de l'employeur ayant pour effet de limiter une liberté, et non une simple inaction qui aboutirait à la violation d'un droit, tel que le droit à la dignité en cas de harcèlement sexuel ou moral non sanctionné. En ce sens, il a un domaine distinct de celui de l'article 1134 du Code civil et L.1222-1 du Code du travail. Alors que la bonne foi est une norme comportementale continue qui régit l'ensemble des relations de travail, l'article L.1121-1 intervient ponctuellement dès lors que l'employeur tend à restreindre les libertés individuelles du salarié. Ces articles ont donc une « logique bien différente sinon opposée »⁹⁰². Ils ont également une philosophie bien différente : les articles relatifs à la bonne foi contractuelle ne visent que des cocontractants, l'article L.1121-1 du Code du travail vise plus largement toutes les personnes. Il tend à faire du salarié un citoyen dans l'entreprise.

309. Cependant, la distinction des domaines de ces deux articles se révèle parfois malaisée en pratique. La chambre sociale de la Cour de cassation juge au visa des articles L.1121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil que la mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas porter une atteinte non justifiée par la tâche effectuée ni proportionnée au but recherché aux droits de la salariée⁹⁰³. Le double visa de la Cour de cassation tient au fait que le pouvoir de direction que l'employeur exerce de bonne foi dans le cadre du contrat de travail lui donne la possibilité de prendre des décisions susceptibles de restreindre une liberté du salarié, qui sont soumis à l'exigence de l'article L.1121-1 du Code du travail. Bien que n'ayant pas la même philosophie, les articles L.1121-1 du Code du travail, L.1222-1 du Code du travail et 1134 du Code civil semblent parfois se superposer. Il s'agit de principes irriguant toutes les relations de travail et se posant comme limites aux obligations découlant du contrat de travail. De ce fait, ils relèvent du contrat, reçoivent la même force obligatoire que le contrat de travail et doivent être exécutés.

⁹⁰² J-E. Ray, « *Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?* », Dr. soc. 2011 p.909

⁹⁰³ Ici, le droit à une vie familiale normale

Section II : L'inexécution du contrat de travail

310. La force obligatoire du contrat de travail suppose son exécution. L'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles porte atteinte à la force obligatoire du contrat et engage sa responsabilité (sous-section I). Pour autant, certaines inexécutions contractuelles sont tolérées (sous-section II). Elles peuvent être justifiées par l'exercice d'un droit contractuel ou légal.

Sous-section I : L'inexécution sanctionnée

311. Afin de donner une effectivité à leurs droits, chacune des parties dispose de moyens propres à faire respecter l'ordre contractuel. Les moyens de l'employeur s'inscrivent dans la suite de son pouvoir de subordination (§1), face auquel le salarié jouit d'un contrepouvoir (§2).

§1. Le pouvoir de l'employeur

312. « La puissance du pouvoir patronal se manifeste davantage encore dans le pouvoir disciplinaire qui, contrairement à l'adage bien connu, permet à l'employeur de se faire justice à lui-même »⁹⁰⁴. L'employeur dirige le salarié, contrôle le salarié, et sanctionne le salarié qui n'exécute pas correctement sa prestation de travail. Il bénéficie pour ce faire du privilège du préalable. La possibilité pour l'employeur de se faire droit sans avoir recours à un juge a posé un problème de fondement (I). La loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement mais surtout loi du 4 août 1982 sur le pouvoir disciplinaire ont donné à ce pouvoir un fondement légal, et un contenu limité (II) afin d'assurer des garanties aux salarié.

I. Le fondement du pouvoir de l'employeur

313. Le pouvoir de l'employeur trouve des fondements textuels (A) légaux et contractuels. La mise en œuvre de ce pouvoir repose en revanche sur un fondement factuel (B) qui est la cause de la sanction.

⁹⁰⁴ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail* PUF, 2011, p.183

A) Le fondement textuel

- 314. *Le fondement intrinsèque à la relation de travail.*** Le pouvoir de l'employeur de prononcer des sanctions a d'abord été justifié par le contrat lui-même. A une époque où le règlement intérieur était interprété comme une adjonction au contrat de travail tacitement accepté par le salarié⁹⁰⁵, la sanction prononcée par l'employeur en application de ce règlement « est présentée comme une simple application du contrat »⁹⁰⁶. Cette théorie a été abandonnée au profit de la théorie institutionnelle de l'entreprise, que la Cour de cassation a consacrée un temps à propos du pouvoir disciplinaire du patron « inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur »⁹⁰⁷. Aujourd'hui, le pouvoir disciplinaire de l'employeur semble davantage rattaché au contrat de travail. La définition même de la subordination juridique consiste dans la possibilité de sanctionner le salarié⁹⁰⁸. Le fondement contractuel est « réaliste par la reconnaissance du pouvoir qu'il permet » et « respectueux de l'individu par la source contractuelle qu'il donne au pouvoir »⁹⁰⁹.
- 315. *Le fondement extrinsèque à la relation de travail.*** Selon certains auteurs, « l'affirmation d'un droit du pouvoir distinct du droit du contrat oblige à fonder le pouvoir autrement que sur le contrat »⁹¹⁰. Le fondement serait donc légal. Les lois du 13 juillet 1973 et du 4 août 1982 sont venues encadrer le pouvoir de l'employeur de sanctionner l'inexécution du contrat, et par là-même ont définitivement fait de l'employeur le juge de la force obligatoire du contrat de travail. La loi du 13 juillet 1973 lui a imposé de fonder la résiliation du contrat de travail par une cause réelle et sérieuse. Les causes réelles et sérieuses de licenciement reposant sur un motif personnel au salarié découlent pour l'essentiel de sa mauvaise exécution du contrat de travail, qu'elle soit fautive ou non. La loi du 4 août 1982 a renforcé cette obligation de motivation en l'étendant à toute sanction prononcée par l'employeur en vertu de son pouvoir disciplinaire. Si, à l'occasion de l'exercice de son pouvoir de contrôle, l'employeur prend connaissance de la mauvaise exécution de son contrat de travail par le salarié, il peut la sanctionner. La cause réelle et

⁹⁰⁵ Cass. Civ. 14 février 1866, arrêt dit « *Des sabots* »

⁹⁰⁶ E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail* Dalloz, 28^e ed., p.784

⁹⁰⁷ Cass. soc., 16 juin 1945, arrêt dit « *Etablissements Poliet et Chausson* »

⁹⁰⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996 pourvoi n° 94-13187, arrêt dit « *société générale* »

⁹⁰⁹ E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail* Dalloz, 28^e ed., p.785

⁹¹⁰ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail* PUF, 2011, p.201

sérieuse reposant sur l'exécution du contrat, il semble que le fondement légal ne fasse que consacrer le fondement contractuel.

B) Le fondement factuel

316. Un salarié peut ne pas commettre de faute en n'exécutant pas correctement ses obligations contractuelles (1). Il est possible qu'il soit simplement incompetent. L'insuffisance professionnelle du salarié constitue un motif à part entière permettant à l'employeur d'exercer son pouvoir de sanction⁹¹¹. Parallèlement, l'inexécution par le salarié de ses engagements contractuels peut avoir un caractère fautif (2), justifiant également la sanction.

1- L'inexécution non fautive

317. *L'insuffisance professionnelle.* L'obligation de prestation est une obligation de moyens⁹¹², le salarié ne s'engage pas à un résultat. Toutefois, si le résultat obtenu est trop éloigné du résultat escompté⁹¹³, l'employeur peut y voir la preuve de l'insuffisance professionnelle du salarié⁹¹⁴. L'insuffisance professionnelle du salarié est une mauvaise exécution des obligations contractuelles qui constitue une cause réelle et sérieuse autonome de licenciement⁹¹⁵. Le caractère réel de l'insuffisance professionnelle s'apprécie eu égard à la qualification du salarié⁹¹⁶, et ne doit pas être due à des circonstances extérieures⁹¹⁷. Ainsi, l'insuffisance professionnelle ne peut pas être invoquée par l'employeur lorsque la carence dans la réalisation de la prestation du salarié est due à l'exercice d'un mandat de représentant du personnel, à une maladie du salarié⁹¹⁸, ou à l'insuffisance des moyens fournis par l'employeur⁹¹⁹. L'insuffisance professionnelle doit reposer sur une série d'événements objectifs vérifiables, tels qu'un manque de contact avec des clients et de suivi des affaires, un non-respect des rendez-vous avec des clients et une insatisfaction générale de la clientèle ainsi que par une insuffisance du chiffre

⁹¹¹ Il ne faut pas ici entendre le terme sanction comme une discipline, mais plutôt comme les suites apportées à l'inexécution.

⁹¹² E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail* Dalloz, 28^e ed., p.644

⁹¹³ Les objectifs attendus du salarié doivent être réalistes et réalisables, voir supra n°207

⁹¹⁴ L'insuffisance professionnelle se distingue de l'insuffisance de résultat qui ne constitue pas, à elle seule, un motif de licenciement (cass. soc., 12 février 2002 pourvoi n°99-42878).

⁹¹⁵ Cass. soc., 2 décembre 2003 pourvoi n°01-44.192

⁹¹⁶ P. Lokiec *Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.38

⁹¹⁷ Cass. soc., 22 mai 2001 pourvoi n° 99-41838

⁹¹⁸ Il pourrait s'agir d'un licenciement discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du Code du travail (pour un exemple pour l'état de maladie : cass. soc., 16 décembre 2010 pourvoi n°09-43074).

⁹¹⁹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans (Nul ne peut se prévaloir de ses propres fautes)*

d'affaires⁹²⁰. Le caractère sérieux de l'insuffisance professionnelle s'apprécie eu égard à la situation globale du salarié. Le juge prend en compte le caractère durable de l'incompétence du salarié, il opère également une comparaison par rapport aux autres salariés de l'entreprise⁹²¹. Il n'est pas besoin que le salarié soit de mauvaise foi pour que l'employeur use de son pouvoir. Toutefois, en pratique, la distinction entre l'insuffisance professionnelle et la faute professionnelle peut s'avérer ambiguë.

2- L'inexécution fautive

318. Il convient dans un premier temps d'étudier la qualification de la faute contractuelle (a), puis d'étudier la typologie des fautes contractuelles (b).

a- La qualification de la faute contractuelle

319. Définition. « Constitue une faute disciplinaire tout manquement aux règles en vigueur dans l'entreprise – y compris les règles non écrites qui imposent à chacun un comportement convenable dans ses rapports avec les autres membres du personnel – et aux ordres donnés par l'employeur dans l'exercice normal de son pouvoir de direction »⁹²². La faute ne peut pas résulter de l'exercice d'un droit⁹²³. Si la définition paraît évidente, elle ne l'est pas en pratique. Certains manquements aux règles en vigueur peuvent ne pas constituer une faute mais une simple insuffisance professionnelle, tel est le cas du manquement aux objectifs fixés par l'employeur. La Cour de cassation a même jugé que « la circonstance qu'une sanction disciplinaire a été notifiée au salarié pour des faits liés à l'exercice de ses fonctions ne prive pas l'employeur de la possibilité de le licencier en invoquant son insuffisance professionnelle pour des faits nouveaux de même nature »⁹²⁴. Un fait de même nature peut donc être une faute ou une insuffisance professionnelle. Certains auteurs ont recours au critère de la « mauvaise volonté délibérée » du salarié⁹²⁵ pour définir la faute professionnelle. La jurisprudence pourrait leur donner raison en ce qu'elle qualifie de faute professionnelle l'insuffisance de résultat délibérée du salarié⁹²⁶. Cependant, comment expliquer que le harcèlement moral, qui est

⁹²⁰ Cass. soc., 19 avril 2000 pourvoi n° 98-40112

⁹²¹ P. Lokiec *Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.38

⁹²² J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles* LexisNexis, 3è ed., p.444

⁹²³ J-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3è ed., p.446

⁹²⁴ Cass. soc., 5 février 2014 pourvoi n°12-28831

⁹²⁵ P. Lokiec *Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. social 2014 p.38 ; Adde. J. Mouly, *De la relativité de la distinction entre la faute disciplinaire et l'insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.381

⁹²⁶ Cass. soc., 3 décembre 2014 pourvoi n°13-18433

une faute professionnelle, est constitué indépendamment de la volonté de son auteur⁹²⁷ ? La définition de la faute professionnelle ne peut pas s'envisager indépendamment de la volonté de qualification de l'employeur.

320. *Qualification.* Le régime du pouvoir disciplinaire de l'employeur s'applique lorsqu'il prend une sanction envers un salarié. Or, « constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération »⁹²⁸. La faute professionnelle se définit donc par la qualification que lui donne l'employeur. S'il considère que l'agissement du salarié est fautif, l'agissement du salarié est une faute professionnelle et entraîne l'application du régime du pouvoir disciplinaire de l'employeur⁹²⁹. « Il n'est pas question de savoir, ici, si le comportement du salarié est ou non fautif. Il suffit qu'un agissement - fut-il manifestement licite - soit considéré comme fautif par l'employeur pour que les règles du droit disciplinaire deviennent applicables »⁹³⁰.

b- La typologie des fautes contractuelles

321. *La faute légère.* Le Code civil ne reprend pas la hiérarchie des fautes que connaissait l'ancien droit. Tout manquement entraîne la responsabilité contractuelle du débiteur. Toutefois, « ce traitement uniforme est trop contraire au bon sens et à l'équité pour être admis durablement. Aussi une hiérarchie s'est-elle recréée, au travers de la jurisprudence et des textes particuliers »⁹³¹. Parmi les textes particuliers, « le Code du travail prend soin, tout d'abord, d'isoler les fautes légères, qui ne relèvent pas du droit disciplinaire proprement dit, et qui ne peuvent donner lieu qu'à des *observations* »⁹³² verbales. Par

⁹²⁷ Cass. soc., 22 janvier 2014 pourvoi n°12-23269

⁹²⁸ C. trav. art., L.1331-1

⁹²⁹ J. Mouly, *De la relativité de la distinction entre la faute disciplinaire et l'insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.381 : « Le domaine du disciplinaire ne se définit donc pas par l'existence objective de fautes commises par le salarié, mais par la volonté de l'employeur de réprimer certains comportements du travailleurs ».

⁹³⁰ P. Waquet, *Droit disciplinaire. Sanction. Notion*, Dr. soc. 2006 p.460, note sous Cass. soc., 14 décembre 2005 pourvoi n° 03-46.547

⁹³¹ A. Benabent, *Droit des obligations*, Montchrestion, 13è ed. p.300

⁹³² P. Waquet, *Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier*, Dr. soc. 2009 p.1177

exemple, constitue une faute légère le fait de manger une datte prise dans un rayon d'un grand magasin auquel on est affecté⁹³³.

322. La faute simple. En revanche, la faute simple peut donner lieu à une sanction disciplinaire. Le salarié qui ne respecte pas les horaires de travail commet une faute simple et peut être sanctionné par une sanction allant jusqu'à la mise à pied.

323. La faute réelle et sérieuse. La faute réelle et sérieuse quant à elle justifie une sanction allant jusqu'au licenciement. « Elle n'est pas citée en tant que telle par le code et résulte de la combinaison des articles L.1232-1 et L.1333-3 du Code du travail : puisque la rupture du contrat de travail doit être justifiée par une cause réelle et sérieuse, le licenciement disciplinaire ne peut être prononcé que si le salarié a commis une faute sérieuse »⁹³⁴.

324. La faute grave. La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis⁹³⁵. Elle le prive de l'indemnité de licenciement. Elle se caractérise souvent par une insubordination répétée ou la violation d'une obligation de sécurité entraînant un risque grave. Les juges apprécient la faute grave in concreto. Ainsi, un fait isolé, portant préjudice à l'entreprise, commis par un salarié ayant plus de quinze ans d'ancienneté, peut ne pas être une faute grave mais une faute réelle et sérieuse⁹³⁶. Les juges ont néanmoins pu décider que commet une faute grave le salarié qui pendant plusieurs mois, en violation de la clause de mobilité prévue à son contrat et malgré plusieurs lettres de mise en demeure, refuse, sans aucune justification légitime, de rejoindre successivement deux nouvelles affectations et ne reprend le travail qu'après avoir été convoqué à l'entretien préalable à son licenciement⁹³⁷. Il est rare qu'une faute constitue par principe une faute grave. La question s'est posée concernant le refus du changement des conditions de travail. La Cour de cassation, dans son arrêt consacrant la distinction entre contrat et pouvoir, a d'abord jugé que le refus du changement des conditions de travail constituait par principe une faute grave⁹³⁸. Elle est revenue sur cette position par la suite, et juge désormais⁹³⁹ que le refus du changement des conditions de

⁹³³ Cass. soc., 20 juin 2012 pourvoi n°11-18168

⁹³⁴ P. Waquet, *Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier*, Dr. soc. 2009 p.1177

⁹³⁵ Cass. soc., 22 mai 2001 pourvoi n°99-41193

⁹³⁶ Cass. soc., 25 février 2009 pourvoi n°06-46077

⁹³⁷ Cass. soc., 12 janv. 2016 pourvoi n° 14-23.290

⁹³⁸ Cass. soc., 10 juillet 1996 pourvoi n° 93-41137

⁹³⁹ Il faut néanmoins soulever l'éventuel revirement opéré par la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière le 23 octobre 2015 (pourvoi n° 13-25279). A cette occasion, elle condamne des salariés qui avaient refusé le changement des conditions de travail, « pour la justification duquel aucune raison légitime n'était

travail, s'il constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne constitue pas, à lui seul, une faute grave⁹⁴⁰. Le principe est inversé lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé, il ne commet pas de faute en refusant le changement de ses conditions de travail⁹⁴¹. Cette extension de la force obligatoire du contrat aux clauses informatives se justifie par le statut du salarié protégé, qui est davantage susceptible que ses collègues de subir une mesure discriminatoire.

325. La faute lourde. Le dernier échelon de faute consiste dans la faute lourde. En droit commun des contrats, la faute lourde est définie comme celle qui « confinant au dol, manifeste l'inaptitude de son auteur à assumer la mission dont il s'est chargé »⁹⁴². La définition de la faute lourde adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation se distingue de celle adoptée en droit commun des contrats en ce qu'elle requiert la volonté du salarié de nuire à l'employeur⁹⁴³. En raison de cette intention de nuire, il s'agit de la seule faute contractuelle pouvant engager la responsabilité civile du salarié vis-à-vis de l'employeur⁹⁴⁴, en sus du licenciement. La jurisprudence de la Cour de cassation démontre qu'il est difficile de caractériser l'intention de nuire. Le fait de détourner de l'argent de la Société ou de s'octroyer une rémunération supplémentaire ne constitue pas une faute lourde⁹⁴⁵. En revanche, le fait de participer activement au détournement de la clientèle, de prendre une participation au capital et à l'administration d'une entreprise concurrente et de faire des audits gratuits pour cette même entreprise constitue une faute lourde⁹⁴⁶. La Cour de cassation a souhaité protéger la liberté d'entreprendre de l'employeur.

avancé » ce qui « caractérisait une faute grave rendant impossible la poursuite de leur relation contractuelle de travail ». Selon le Professeur Mouly (J. Mouly, *Vers une résurrection de la jurisprudence Le Berre ?* Dr. soc. 2016 p.27), la référence à la justification par un motif légitime du refus des salariés renverserait le principe et l'exception. La faute grave serait caractérisée à défaut pour les salariés de démontrer l'existence d'un motif légitimant leur refus.

⁹⁴⁰ Cass. soc., 23 février 2005 pourvoi n° 03-42018.

⁹⁴¹ Une controverse existe néanmoins entre la jurisprudence de la Cour de cassation qui laisse au salarié protégé la possibilité de refuser le changement de ses conditions de travail (Cass. soc., 18 décembre 2012, n° 11-13813), et le Conseil d'Etat qui considère qu'il s'agit d'une faute de la part du salarié protégé justifiant son licenciement (CE 7 décembre 2009 pourvoi n°301563). Or, le juge administratif est compétent pour juger du licenciement du salarié protégé qui ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. En tout état de cause, le refus par un salarié protégé du changement de ses conditions de travail constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (CE, 19 octobre 2012, pourvoi n° 334588 ; Cass.soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-13820).

⁹⁴² Cass. com., 26 février et 25 juin 1985, Bull. civ., IV, n°82 et 199

⁹⁴³ Cass. soc., 23 sept 2013 pourvoi n° 14-16.801

⁹⁴⁴ Voir infra n°328

⁹⁴⁵ Cass. soc., 22 octobre 2015 pourvois n° n° 14-11.291 et n°14-11.801

⁹⁴⁶ Cass. soc., 15 décembre 2011 pourvoi n°10-21926

II. Le contenu du pouvoir de l'employeur

326. « Responsabilité contractuelle et force obligatoire du contrat sont intimement liées »⁹⁴⁷. En principe, le manquement contractuel du salarié causant un préjudice à l'employeur devrait entraîner l'application du régime de la responsabilité contractuelle tel qu'il existe en droit commun des contrats, à savoir que l'employeur devrait pouvoir agir en justice pour demander soit l'exécution forcée, soit l'extinction du contrat, soit des dommages et intérêts. En droit du travail cependant, l'employeur se fait juge de la force obligatoire du contrat de travail, il lui revient de juger du manquement contractuel du salarié, de son préjudice, et de le sanctionner (B). Il ne peut donc agir en justice que dans de rares hypothèses (A).

A) L'action

327. *Le principe de l'immunité civile du salarié.* La responsabilité du salarié n'est envisagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde⁹⁴⁸. Le salarié bénéficie d'une immunité civile en cas de manquement contractuel, l'employeur ne peut agir contre lui en justice. Cette immunité civile a pour corollaire l'interdiction des sanctions pécuniaires⁹⁴⁹, l'employeur ne peut notamment pas imposer au salarié une retenue sur sa rémunération en raison d'une faute ayant conduit au licenciement⁹⁵⁰. Le principe de l'immunité civile du salarié s'explique selon certains auteurs par le fait que le salarié ne supporte pas le risque de l'entreprise, « le salarié ne récoltant pas les fruits de son travail, il ne peut assumer les risques liés à la mise en œuvre de sa force de travail »⁹⁵¹. Il ne s'agirait alors pas d'une dérogation au principe de responsabilité contractuelle de droit commun puisqu'aucun préjudice ne serait causé à l'employeur, qui ne pouvait pas attendre un résultat de la part du salarié. « En contractant avec le salarié, l'employeur accepte les conséquences de certains risques inévitables pouvant survenir dans l'entreprise »⁹⁵². Plus encore, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même car il lui appartient de diriger et contrôler cette exécution⁹⁵³.

⁹⁴⁷ G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse, 2014, LexisNexis, p.61

⁹⁴⁸ Cass. soc., 27 novembre 1958, Bull. civ. V, n°1259 ; consacré à de nombreuses reprises, notamment : Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 10-21289

⁹⁴⁹ C. trav. art., L.1331-2

⁹⁵⁰ Cass. soc., 2 mars 2011 pourvoi n°09-71000, A. Martinon, *Responsabilité pécuniaire du salarié : peu importe le contrat*, JCP S 2011 p.1416

⁹⁵¹ F. Bousez, *Le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers l'employeur qu'en cas de faute lourde*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, D.2008 p.118

⁹⁵² Ibid p.119

⁹⁵³ G. Viney, *La responsabilité : conditions*, in *Traité de droit civil*, de J. Ghestin T IV, n°600 p.714

« Au-delà de ces multiples explications, apparaît encore l'incidence du droit de résiliation unilatérale reconnu à l'employeur, du droit de licencier »⁹⁵⁴. C'est parce que l'employeur a déjà le pouvoir de licencier le salarié pour ses manquements contractuels ou l'inexécution non fautive du contrat de travail, qu'il ne peut pas en plus agir contre le salarié pour faire reconnaître son manquement par un juge. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur épuise le pouvoir de sanctionner l'irrespect de la force obligatoire du contrat de travail. Il s'agit d'une véritable particularité du droit du travail par rapport au droit commun des contrats⁹⁵⁵, le pouvoir disciplinaire de l'employeur écarte le jeu de l'article 1147 du Code civil. « Le droit disciplinaire joue ainsi en droit du travail le même rôle que la responsabilité contractuelle en droit civil : assurer le respect de la force obligatoire du contrat »⁹⁵⁶.

328. *L'exception de la faute lourde du salarié.* La responsabilité civile contractuelle du salarié ne peut être engagée par l'employeur que lorsque celui-ci démontre l'existence d'une faute lourde commise par le salarié. Le juge prud'homal redevient le juge de la force obligatoire pour attribuer des dommages et intérêts afin de réparer l'entier préjudice subi par l'employeur. En effet, le débiteur défaillant n'est tenu que des dommages et intérêts prévisibles, sauf si c'est par son dol que l'obligation n'a point été exécutée⁹⁵⁷.

B) La sanction

329. Dès lors que l'employeur peut se faire justice à lui-même en sanctionnant le salarié pour la mauvaise exécution de son contrat de travail, il était impératif que l'exercice du pouvoir de sanction (1) soit entouré de garanties (2).

1- L'exercice du pouvoir de sanction

330. *L'élément intentionnel.* Constitue une sanction toute mesure prise par l'employeur à la suite d'un agissement d'un salarié considéré par lui comme fautif⁹⁵⁸. Tel que cela a été démontré, la qualification de la faute commise par le salarié dépend de la volonté de l'employeur de sanctionner le fait du salarié comme une faute. Cela permet de la distinguer de la faute professionnelle, qui n'est toutefois pas totalement étrangère à la

⁹⁵⁴ G. Couturier, *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, Dr. soc. 1988 p.407

⁹⁵⁵ Ibid.

⁹⁵⁶ G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse, 2014, LexisNexis, p.61

⁹⁵⁷ Article 1150 du Code civil, devenant l'article 1231-3 au 1^{er} octobre 2016.

⁹⁵⁸ C. trav. art., L.1331-1

volonté de l'employeur, puisqu'il dispose du privilège du préalable concernant à la fois la cause réelle et sérieuse de licenciement reposant sur une faute professionnelle et la cause réelle et sérieuse de licenciement disciplinaire. Il peut décider sans avoir recours au juge que le salarié n'exécute pas sa prestation convenablement.

331. *L'élément matériel.* « L'élément matériel se trouve à l'article L.1331-1 du Code du travail en vertu duquel la sanction peut prendre la forme de toute mesure « de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération »⁹⁵⁹. Sont exclues les observations verbales afin de ne pas « procéduraliser excessivement la vie de l'entreprise »⁹⁶⁰. La mesure prise par l'employeur est une sanction si elle est de nature à affecter immédiatement ou non immédiatement⁹⁶¹ la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Il faut en déduire que les mesures prises à titre provisoire ne sont pas des sanctions. Le caractère provisoire des sanctions a pu être discuté, notamment concernant la mise à pied qui consiste en une suspension temporaire du contrat de travail imposée par l'employeur au salarié. Selon l'article L.1332-3 du Code du travail, les faits reprochés au salarié peuvent nécessiter une mise à pied conservatoire, en attendant que la procédure disciplinaire soit mise en œuvre afin de pouvoir sanctionner le salarié. La mise à pied conservatoire n'est donc pas une sanction, elle se distingue de la mise à pied disciplinaire par sa nature temporaire⁹⁶², elle n'affecte pas en elle-même la position du salarié dans l'entreprise. En revanche sont des sanctions : l'avertissement, la rétrogradation, le licenciement.

332. Le pouvoir de sanction de l'employeur se heurte à la muraille contractuelle. La rétrogradation du salarié est subordonnée à son accord puisqu'elle emporte modification de son contrat de travail⁹⁶³. La force obligatoire du contrat de travail limite la sanction de la force obligatoire du contrat de travail, faisant apparaître une nouvelle fois le caractère circulaire et contingent de la notion. Malgré la nécessité du respect des termes du contrat, la Cour de cassation a jugé que ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement

⁹⁵⁹ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011, p.189

⁹⁶⁰ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 28^{ème} ed. p.793

⁹⁶¹ Sur l'interprétation de la formule « ou non » voir G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 28^{ème} ed. p.793s.

⁹⁶² Cass. soc., 4 décembre 2012 pourvoi n°11-27508 : dans l'attente du prononcé d'un jugement correctionnel. L'employeur qui qualifie la mise à pied de disciplinaire ne peut plus sanctionner le salarié par la suite et revenir sur la qualification. En revanche, la qualification mise à pied provisoire n'est pas définitive et peut faire l'objet d'une requalification par le juge, par exemple si l'employeur a engagé la procédure de licenciement dans un délai déraisonnable après la mise à pied (sic jours plus tard) sans justifier d'aucun motif à ce délai (cass. soc., 30 octobre 2013 pourvoi n°12-22962).

⁹⁶³ Cass. soc., 28 avril 2011 pourvoi n°09-70619

d'affectation provisoire d'un salarié dès lors qu'il a pour seul objet d'assurer la sécurité des biens et des personnes dans l'entreprise, dans l'attente de la mise en place d'une procédure disciplinaire, et qu'il n'emporte pas modification durable du contrat de travail⁹⁶⁴. L'attendu de principe de cet arrêt, référant à une modification temporaire du contrat de travail est contestable sur deux points. D'une part, la force obligatoire du contrat de travail devrait empêcher l'employeur de changer unilatéralement le salarié d'affectation, même si ce changement ne modifie que temporairement le contrat de travail. D'autre part, s'il y a modification du contrat de travail, la carrière du salarié est affectée et cela devrait constituer une sanction. Sur ce point, la Cour de cassation raisonne par analogie avec la mise à pied conservatoire qui est également temporaire. Il faudrait donc considérer que les jurisprudences applicables en matière de qualification du caractère disciplinaire de la mise à pied conservatoire sont applicables à la modification non durable du contrat de travail, avec pour distinction que si la modification est requalifiée en sanction et que l'employeur n'a pas demandé l'accord du salarié au préalable pour modifier son contrat, la modification est illicite et l'employeur engage sa responsabilité envers le salarié. Cette mesure conservatoire doit donc être utilisée avec prudence par les employeurs.

2- Les garanties attachées à l'exercice du pouvoir de sanction

333. *Les garanties de forme.* Si la sanction remplace la responsabilité civile contractuelle du salarié, elle exclut l'application des règles relatives au procès équitable qui lui auraient été favorables. Dans le souci d'empêcher la commission d'abus de pouvoir par l'employeur, la loi du 4 août 1982 a instauré de véritables garanties pour le salarié, calquées sur les règles applicables en matière de procès pénal. Une procédure simplifiée s'applique cependant pour les sanctions les moins sévères, tels que le blâme ou l'avertissement, pour lesquels seule une notification motivée suffit⁹⁶⁵. Pour toutes les autres sanctions, l'employeur doit respecter le principe du contradictoire. Le salarié doit être convoqué à un entretien préalable suffisamment en avance pour lui permettre de préparer sa défense⁹⁶⁶, qui peut être assurée par un membre du personnel⁹⁶⁷. Lors de l'entretien, l'employeur doit exposer au salarié les motifs qui l'ont amené à le convoquer⁹⁶⁸. Il doit convoquer le salarié

⁹⁶⁴ Cass. soc., 8 octobre 2014 pourvoi n°13-13673, JCP S 2014 p.376

⁹⁶⁵ C. trav. art., L.1332-2

⁹⁶⁶ Cass. soc., 22 février 1990, Bull. civ. V, n°87

⁹⁶⁷ C. trav. art., L.1232-3 et L.1333-2

⁹⁶⁸ Cass. soc., 5 février 1992 pourvoi n°88-43248

dans un délai qui ne peut être inférieur à cinq jours ouvrables après l'entretien s'agissant d'un licenciement⁹⁶⁹ ou deux jours ouvrables pour tout autre sanction⁹⁷⁰, et doit de la mesure qui est retenue à son égard dans un écrit motivé⁹⁷¹ l'informer dans un délai qui ne peut dépasser un mois après l'entretien. Cet écrit doit détailler les griefs opposables au salarié, une simple référence à l'entretien préalable n'est pas suffisante⁹⁷². Le salarié doit bénéficier des règles relatives à l'entretien et à la motivation de la sanction que la procédure soit ou non disciplinaire. Si l'employeur ne mentionne que certains faits dont il a connaissance dans la lettre de notification, il ne pourra pas pour autant se servir des autres faits antérieurs à la notification de la sanction pour en justifier une nouvelle, même si ces faits n'avaient pas fait l'objet d'une sanction⁹⁷³. Le principe du « non bis in idem » est interprété strictement par la chambre sociale de la Cour de cassation. « Il appartient à l'employeur de "concentrer" en une seule fois la répression disciplinaire pour l'ensemble des faits fautifs dont il a connaissance, sous peine de perdre son pouvoir de sanctionner le salarié pour les fautes non invoquées »⁹⁷⁴. L'employeur a enfin une obligation de pardon : les faits fautifs sont prescrits dans les deux mois à compter du moment où il en a connaissance, et en tout état de cause il ne peut pas les utiliser plus de trois ans après leur survenance⁹⁷⁵. Ces règles sont d'ordre public mais elles peuvent être complétées par des dispositions conventionnelles plus favorables au salarié, qui peuvent notamment prévoir la saisie d'une commission disciplinaire. Dans ces cas, les juges vont vérifier concrètement si le salarié a eu la possibilité d'assurer utilement sa défense auprès de cette commission, mais aucune formalité supplémentaire qui ne serait pas prévue par l'accord n'est imposée par la Cour de cassation à l'employeur⁹⁷⁶.

334. Les garanties de fond. La sanction prise par l'employeur doit répondre à priori de deux conditions de fond : légalité et l'égalité. Le Code du travail fait une application du principe de droit pénal de légalité des peines. La sanction prise par l'employeur ne peut être une sanction interdite par la loi, telle que la sanction pécuniaire. La sanction prise par l'employeur doit, au contraire, être prévue par la loi de l'entreprise lorsque celle-ci est

⁹⁶⁹ C. trav art., L.1232-2

⁹⁷⁰ C. trav. art., L.1332-2

⁹⁷¹ C. trav. art., L.1332-1

⁹⁷² Cass. Soc., 12 janvier 1994 pourvoi n°92-43521

⁹⁷³ Cass. soc., 25 septembre 2013 pourvoi n°12-12976

⁹⁷⁴ J. Mouly, *La confirmation de la conception extensive du non-cumul des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 2013 p.955

⁹⁷⁵ C. trav. art., L.1332-5

⁹⁷⁶ Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n°13-17065 ; S. Brissy, *Nécessité de vérifier si le salarié a pu assurer utilement sa défense*, JCP S 2015 p.1005

soumise à l'établissement d'un règlement intérieur. Seules les sanctions qu'il énumère ne sont applicables par l'employeur. La Cour de cassation a même jugé que la durée maximale de la mise à pied disciplinaire devait être prévue par le règlement intérieur, à défaut de quoi l'employeur ne pouvait pas valablement prononcer une telle sanction⁹⁷⁷. En outre, la sanction prise par l'employeur doit être proportionnée à la faute commise. Il est en droit de ne pas exercer son pouvoir disciplinaire s'il estime que la faute n'est pas suffisamment condamnable. En revanche, lorsqu'il entend sanctionner plusieurs salariés pour un même fait, l'employeur doit le faire dans le respect du principe d'égalité. En effet, « lorsque l'employeur choisit de sanctionner un salarié à la différence de ses collègues ayant commis les mêmes faits fautifs, il appartient au juge de rechercher si la décision de l'employeur est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et ne procède pas d'un détournement de pouvoir »⁹⁷⁸. Si cet arrêt rappelle la possibilité pour l'employeur d'individualiser les peines des salariés ayant commis la même faute, il la conditionne à une justification par des éléments objectifs convaincants. Certains auteurs y voient donc une progression du principe prétorien de l'égalité de traitement en matière disciplinaire⁹⁷⁹. Cette position est néanmoins contestable dès lors que l'arrêt est rendu en matière de discrimination. La discrimination se distingue du principe de l'égalité de traitement⁹⁸⁰ en ce qu'elle prohibe des différences seulement lorsqu'elles sont fondées sur des critères interdits listés à l'article L.1132-1 du Code du travail. L'égalité de traitement, quant à elle, incite à ne pas faire de différence du tout entre les salariés. En quelque sorte, les deux notions sont très éloignées puisque l'une (la discrimination) pose la différence entre les salariés comme un principe sauf quand elle est fondée sur des critères prohibés, tandis que l'autre (l'égalité de traitement) pose la stricte égalité comme un principe sauf quand une différence peut être justifiée de manière objective. Il faut donc avant tout retenir le principe de la proportionnalité de la sanction prononcée qui permet à l'employeur d'individualiser les peines entre différents salariés pour un même fait fautif sauf si cette différence est fondée sur un critère discriminatoire.

⁹⁷⁷ Cass. soc., 26 octobre 2010 pourvoi n°09-42.740 ; Cass. soc., 7 janv. 2015, n°13-15630

⁹⁷⁸ Cass. soc., 5 février 2014 pourvoi n°12-24980

⁹⁷⁹ J. Mouly, *Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement*, 2014 p.385.

⁹⁸⁰ J-F. Cesaro, *L'ascension du principe jurisprudentiel d'égalité*, JCP S 2015 p.1242

2§. Le contrepouvoir du salarié

335. Face à l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles, le salarié n'est pas sans ressource. Plus qu'un pouvoir, le salarié dispose d'un contrepouvoir pour répondre au mauvais usage que l'employeur ferait du sien. Les pouvoirs du salarié se distinguent de ceux de l'employeur puisqu'il ne dispose pas du privilège du préalable. Il doit donc faire valoir ses droits en justice⁹⁸¹. L'issue du conflit entre le salarié et l'employeur a vocation à se terminer soit par la persistance du contrat (I), soit par la rupture du contrat (II).

I. La persistance du contrat

336. Davantage respectueuse de la force obligatoire du contrat en ce qu'elle protège l'existence du contrat, l'action du salarié qui souhaite se maintenir dans la relation contractuelle peut avoir deux finalités : l'exécution de l'obligation de l'employeur (A), la réparation du préjudice subi par le salarié (B).

A) L'exécution

337. *Le référé.* Si le manquement contractuel de l'employeur constitue un trouble manifestement illicite ou un dommage imminent, le juge des référés peut prendre toutes les mesures de nature à faire cesser le trouble ou prévenir le dommage. De la même manière, lorsque l'existence d'une obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation. Ces compétences sont accordées au juge des référés par les articles 808 et 809 du Code de procédure civile, et sont consacrées en matière de référé prud'homal aux articles R.1455-5s. du Code du travail. Le salarié qui se heurte à l'inexécution de l'employeur, notamment lorsqu'il s'agit de lui fournir un travail conforme ou de le rémunérer, peut se tourner vers le juge des référés pour obtenir une exécution rapide de l'obligation.

338. *L'exécution forcée.* « L'exécution du contrat dans les termes mêmes convenus constitue pour chaque partie un droit dont elle peut toujours exiger l'exécution »⁹⁸². En effet, l'alinéa 2 de l'article 1184 du Code civil dispose que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le droit de forcer l'autre à l'exécution de la

⁹⁸¹ Excepté dans l'hypothèse de l'exception d'inexécution, voir infra n°354s

⁹⁸² A. Benabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e ed. p.274

convention lorsqu'elle est possible »⁹⁸³. Le contentieux de l'exécution forcée en nature devrait être le contentieux de principe de la force obligatoire⁹⁸⁴, il en est sa meilleure représentation. Puisqu'elle oblige les parties à exécuter le contrat dans ses termes, les parties devraient pouvoir l'invoquer dès que le cocontractant ne s'exécute pas. C'est pourquoi elle s'impose même en l'absence de préjudice subi par le créancier⁹⁸⁵. Le contentieux de la résiliation judiciaire du contrat, autre modalité pour faire condamner l'irrespect de la force obligatoire du contrat, n'est en ce sens que subsidiaire puisqu'il n'intervient qu'en cas de manquement suffisamment grave du cocontractant. L'exécution forcée n'est cependant pas absolue, elle ne doit pas se heurter à une impossibilité morale, matérielle ou juridique, ce qui la rend en pratique très difficile à invoquer en droit du travail⁹⁸⁶. Un salarié peut facilement agir en exécution forcée du contrat envers un employeur qui ne respecte pas son obligation de fournir un travail conforme, ou qui a modifié unilatéralement le contrat. Les choses se compliquent lorsque la modification unilatérale a été suivie d'une réorganisation de l'organigramme de l'entreprise et qu'un nouveau salarié occupe l'ancien poste du salarié rétrogradé⁹⁸⁷. L'exécution forcée du contrat de travail se heurte à une impossibilité matérielle. Le salarié peut toujours, s'il a subi un préjudice, demander la condamnation de l'employeur à des dommages intérêts.

B) La condamnation

339. *Immunité civile.* Certains auteurs nuancent le principe de la responsabilité contractuelle de l'employeur⁹⁸⁸. En effet, elle a d'abord été écartée par le législateur. La loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents de travail a mis en place un régime assurantiel afin d'indemniser le salarié victime d'un accident du travail, immunisant ainsi l'employeur

⁹⁸³ L'article 1217 du Code civil reprendra cette possibilité à partir du 1^{er} octobre 2016. « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : [...] poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation* ». Le futur article 1221 du Code civil subordonne cette possibilité à la mise en demeure du créancier. Cette condition ne paraît cependant pas applicable en droit du travail puisque le salarié n'a en principe pas à mettre en demeure l'employeur d'exécuter son obligation avant d'exercer ses droits.

⁹⁸⁴ A. Fabre, *Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ?*, SSL 2014 n°1640

⁹⁸⁵ Cass. civ. 3è., 6 mai 1980, Bull. civ. III n°91

⁹⁸⁶ A. Fabre, *Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ?*, SSL 2014 n°1640

⁹⁸⁷ A. Barège, *L'action en résiliation judiciaire est morte, vive l'action en résiliation judiciaire ?*, JCP S 2014 p.1409

⁹⁸⁸ G. Couturier, *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, Dr. soc. 1988 p.407. Selon le Professeur Couturier, la responsabilité de l'employeur est pénale ou délictuelle avant d'être contractuelle, le droit de la responsabilité contractuelle est écarté par les mécanismes de résiliation du contrat, « *les défaillances contractuelles de l'employeur entraînent d'abord une rupture du contrat par son fait* ».

contre les recours juridictionnels des salariés. Il n'existait alors pas encore à la charge de l'employeur d'obligation de sécurité de résultat intégré dans le contenu contractuel. Les actions des salariés se plaçaient donc sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, pour laquelle ils devaient démontrer l'existence d'une faute commise par l'employeur. Afin de protéger les salariés victimes, ce régime assurantiel a été établi. Il permet au salarié de recevoir une indemnisation forfaitaire de leur préjudice. Toutefois, depuis lors, il existe en vertu du contrat de travail une obligation de sécurité de résultat, ce ne permettant pas pour autant au salarié d'engager une action en responsabilité contractuelle contre l'employeur⁹⁸⁹. Ce mécanisme a paru injuste à la Cour de cassation qui, sous l'influence de la progression du principe de la réparation intégrale des victimes, a jugé que l'immunité civile de l'employeur était écartée lorsque celui-ci avait commis une faute inexcusable, c'est-à-dire qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel il exposait le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger⁹⁹⁰. Le salarié peut alors agir contre l'employeur en responsabilité civile contractuelle.

340. Responsabilité civile. Pour tous les dommages subis en raison du manquement contractuel de son employeur, le salarié peut agir contre lui en responsabilité civile contractuelle. « D'une manière générale, la responsabilité contractuelle désigne l'obligation de réparer le dommage causé à autrui »⁹⁹¹. Les conditions applicables en matière de responsabilité civile contractuelle sont identiques à celles applicables en matière de responsabilité civile délictuelle. L'employeur doit commettre un manquement contractuel⁹⁹², qui cause directement un préjudice au salarié. Il peut s'agir d'un préjudice tant matériel, corporel que moral (le développement des risques psycho-sociaux entraîne d'ailleurs avec lui l'augmentation des montants des préjudices moraux accordés aux salariés par les Prud'hommes). Il convient de souligner que la chambre sociale de la Cour de cassation a mis en œuvre une jurisprudence favorable aux salariés concernant le préjudice subi. Elle considère que de certains manquements de l'employeur⁹⁹³ causent nécessairement un préjudice au salarié. Le salarié n'a alors plus à démontrer l'existence d'un préjudice, qui est irréfragablement présumé. Ces solutions peuvent s'analyser comme étant protectrices

⁹⁸⁹ CSS art. L. 451-1

⁹⁹⁰ Cass. soc., 28 février 2002 pourvoi n° 00-11793

⁹⁹¹ A. Benabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e ed. p.291

⁹⁹² Ibid. p.294

⁹⁹³ Par exemples : Cass. soc., 4 déc. 2013, n°12-23930 : pour l'utilisation par l'employeur d'une sanction sans respecter les dispositions conventionnelles applicables ; Cass. soc., 8 juill. 2014, n°13-15470 : pour le défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques ; Cass. soc., 24 juin 2015 pourvoi n°14-13829 : pour le défaut de remise des documents Assedics.

du salarié qui peut être confronté à des difficultés probatoires, mais elles peuvent également s'analyser comme injustes envers l'employeur qui est par ce biais condamné à des dommages et intérêts punitifs puisqu'automatiques. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité civile contractuelle de l'employeur conduit à la réparation du préjudice subi (ou non) par le salarié. En principe, selon l'article 1150 du Code civil, cette réparation doit être limitée au dommage prévisible lors de la conclusion du contrat. En droit du travail, l'employeur supportant le risque de l'entreprise, tous les dommages sont prévisibles. Le salarié est donc réparé pour son entier préjudice. L'article 1146 du Code civil impose par ailleurs une mise en demeure préalable au déclenchement de la responsabilité contractuelle du débiteur. En droit du travail, la mise en demeure de l'employeur par le salarié est facultative, son absence ne l'empêche pas d'agir en justice.

II. La rupture du contrat

341. Il existe deux modes de rupture du contrat aux torts de l'employeurs (A) : la résiliation judiciaire et la prise d'acte. Ces ruptures ne sont justifiées qu'en cas de manquement suffisamment grave empêchant la poursuite des relations de travail commis par l'employeur (B).

A) Les modes de rupture du contrat

342. Il convient de distinguer la résiliation judiciaire (1) de la rupture unilatérale (2).

1- La résiliation judiciaire

343. Conditions. La résiliation judiciaire⁹⁹⁴ telle qu'elle est applicable en droit du travail fait directement référence au droit commun des contrats. « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement »⁹⁹⁵. Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, les dispositions en matière de résolution judiciaire de droit commun lui sont applicables. Le salarié doit demander au juge prud'homal de prononcer la rupture du contrat, la rupture ne s'opère pas de plein droit. Le juge apprécie donc le bien-fondé de la demande.

⁹⁹⁴ Sur la distinction entre la résiliation et la résolution, voir supra note n° 405

⁹⁹⁵ Article 1184 du Code civil. A partir du 1^{er} octobre 2016, l'article 1127 disposera que « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice* ».

344. Effets. Lorsque la demande du salarié n'est pas justifiée, le contrat perdure⁹⁹⁶ dans l'entreprise. En revanche, si le juge estime que la demande est fondée, il prononce la rupture du contrat aux torts de l'employeur, ce qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁹⁹⁷, ou nul en cas de violation de dispositions légales spéciales ou d'atteinte à un droit fondamental⁹⁹⁸. La prise d'effet de la rupture du contrat intervient à la date de la décision judiciaire⁹⁹⁹. Ainsi, si un autre mode de rupture est engagé entre la saisine du conseil de Prud'hommes et le prononcé de sa décision, cela devrait rendre la demande de résiliation sans cause. Tel est le cas lorsque le salarié prend acte de la rupture¹⁰⁰⁰, qu'il conclue une rupture conventionnelle avec l'employeur¹⁰⁰¹, ou qu'il démissionne. En revanche, afin de protéger la liberté du salarié d'agir en justice, lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative de la rupture et qui licencie le salarié postérieurement à la saisine du juge soit pour motif personnel soit pour motif économique¹⁰⁰², le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation judiciaire est fondée. La rupture est prononcée au jour de l'envoi de la lettre de licenciement¹⁰⁰³. Si la demande de résiliation judiciaire n'est pas fondée, l'employeur doit ensuite statuer sur la cause réelle et sérieuse du licenciement, voir sur sa nullité. Le salarié ne reprend pas sa place au sein de son entreprise sauf si le licenciement postérieur à la demande de résiliation est nul et que le juge ordonne sa réintégration.

2- La rupture unilatérale

345. Construction. A l'instar des autres chambres civiles de la Cour de cassation, la chambre sociale a construit un nouveau mode de rupture autonome¹⁰⁰⁴ du contrat de travail. Au visa des articles 1134 et 1184 du Code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »¹⁰⁰⁵. Bien que certains auteurs estiment que le rapprochement de la résiliation unilatérale de droit commun et de la prise

⁹⁹⁶ Cass. soc., 7 juillet 2010 pourvoi n°09-42636

⁹⁹⁷ Cass. soc., 17 mars 1998 pourvoi n°96-41.884

⁹⁹⁸ Cass. soc., 20 février 2013 pourvoi n°11-26.560

⁹⁹⁹ Cass. soc., 24 avril 2013 pourvoi n°11-28629

¹⁰⁰⁰ Cass. soc., 31 octobre 2006 pourvoi n°04-46.280

¹⁰⁰¹ Cass. soc., 10 avril 2013 pourvoi n°11-15651

¹⁰⁰² Cass. soc., 16 février 2005 pourvoi n°02-46.649; Cass. soc., 12 juin 2012 pourvoi n°11-19641 : pour la même solution en cas d'adhésion du salarié à un congé de reclassement

¹⁰⁰³ Cass. soc., 15 mai 2007 pourvoi n°04-43.663

¹⁰⁰⁴ Sur l'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail : CA Chambéry, ch. Soc., 30 mai 2013, n°12/00226, F. Fouilland, JCP S 2014 p.1084

¹⁰⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001 pourvoi n°99-15170

d'acte du contrat de travail résulte d'un raisonnement erroné¹⁰⁰⁶, il ne peut être contesté que les deux modes de rupture présentent de grandes similitudes. Pour cause, la chambre sociale de la Cour de cassation donne la possibilité au salarié de rompre unilatéralement le contrat de travail lorsqu'il constate un manquement suffisamment grave et empêchant la poursuite dudit contrat¹⁰⁰⁷, à ses risques et périls puisque le juge apprécie le manquement et peut ne pas lui donner raison. La résiliation unilatérale du contrat résulte en France d'une construction jurisprudentielle et ne reçoit pas de consécration en droit positif. Par comparaison, le Code civil allemand (le BGB) prévoit expressément cette possibilité dans son paragraphe 323 qui dispose que « lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur ne fournit pas une prestation échue ou la fournit de façon non conforme au contrat, le créancier peut résoudre le contrat s'il a, sans succès, imparti un délai raisonnable pour exécuter ou réparer en nature ». L'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 comble la carence du Code civil français en précisant, au futur article 1124, que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Le régime jurisprudentiel a désormais une assise légale.

346. Conditions. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'exerce sans condition de forme de la part du salarié, qui doit toutefois l'adresser à l'employeur¹⁰⁰⁸. Elle peut intervenir tant que le contrat n'a pas été rompu d'une autre manière. Ainsi, le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail entre l'entretien préalable au licenciement et la notification du licenciement¹⁰⁰⁹.

347. Effets. La rupture du contrat est immédiate, elle ne peut être rétractée même avec l'accord de l'employeur¹⁰¹⁰. Ce dernier doit remettre immédiatement au salarié un certificat de travail et une attestation Pôle-emploi¹⁰¹¹. Le salarié n'est pas tenu d'exécuter son préavis, mais il peut en prendre l'initiative¹⁰¹². La rupture est consommée que la prise d'acte soit justifiée ou non. Si elle l'est, la rupture produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou atteint de nullité¹⁰¹³, pour le salarié. Si elle ne l'est pas, contrairement

¹⁰⁰⁶ J. Mouly, *La prise d'acte : un mode de rupture à préserver*, Dr. soc. 2014 p.821

¹⁰⁰⁷ Cass. soc., 25 mars 2014 pourvoi n°12-23634

¹⁰⁰⁸ Cass. soc., 16 mai 2012 pourvoi n°10-15238

¹⁰⁰⁹ Cass. soc., 28 juin 2006 pourvoi n°04-43.431

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 10 novembre 2009 pourvoi n°08-40863

¹⁰¹¹ Cass. soc., 4 juin 2008 pourvoi n°06-45.757

¹⁰¹² Cass. soc., 2 juin 2010 pourvoi n°09-40.215

¹⁰¹³ Cass. soc., 25 juin 2012 pourvoi n°10-23516

à la résiliation judiciaire, elle produira les effets d'une démission¹⁰¹⁴ et le salarié peut être condamné à indemniser l'employeur pour non-respect du préavis¹⁰¹⁵.

B) La justification de la rupture du contrat

- 348.** La rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur, qu'elle soit issue d'une résiliation judiciaire ou d'une prise d'acte, est justifiée par la force obligatoire du contrat de travail. Si l'employeur viole la force obligatoire du contrat de travail si bien qu'il commet un manquement suffisamment grave empêchant la poursuite des relations contractuelles, la rupture est fondée.
- 349. *Un manquement.*** Le salarié doit pouvoir reprocher un manquement contractuel à son employeur. Ce manquement se caractérise généralement par une faute liée à l'inexécution ou à la mauvaise exécution des obligations contenues dans le contrat de travail, dans la loi, ou dans le statut collectif applicable au salarié.
- 350. *Un manquement suffisamment grave.*** La résiliation judiciaire et la résiliation unilatérale de droit commun doivent être fondées sur l'inexécution d'une obligation contractuelle d'une gravité suffisante. Cette condition est reprise en droit du travail. Elle rappelle la cause réelle et sérieuse motivant le licenciement du salarié, les fautes de l'employeur sont également graduées. La Cour de cassation a eu l'occasion de juger que certains manquements étaient nécessairement suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Il s'agit notamment du non-paiement des rémunérations¹⁰¹⁶, de l'absence de fourniture du travail convenu, ou de la modification unilatérale du contrat de travail¹⁰¹⁷.
- 351. *Un manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat.*** Elle a néanmoins précisé sa jurisprudence dans plusieurs arrêts rendus le 26 mars 2014¹⁰¹⁸, dans lesquels elle juge que le manquement de l'employeur doit être de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail. Cette précision semble augmenter l'exigence des juges concernant le degré de la faute commise par l'employeur. Elle conduit notamment à rejeter

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 25 juin 2003 pourvoi n° 01-42679

¹⁰¹⁵ Cass. soc., 8 juin 2011 pourvoi n°09-43208

¹⁰¹⁶ Cass. soc., 30 avril 2014 pourvoi n°12-21041 ; Cass. soc., 29 juin 2011 pourvoi n°09-65710 pour l'absence de fixation unilatérale des objectifs permettant de calculer la prime du salarié.

¹⁰¹⁷ Cass. soc., 5 mai 2010 pourvoi n°07-45.409

¹⁰¹⁸ Cass. soc., 26 mars 2014 pourvoi n°12-23634 pour la prise d'acte ; Cass. soc., 26 mars 2014 pourvoi n°12-35040 pour la résiliation judiciaire

toutes les demandes de rupture aux torts de l'employeur qui interviendraient trop tardivement par rapport au manquement, puisque cela sous-entendrait que le manquement n'a pas empêché la poursuite du contrat de travail. Certains auteurs y ont vu un affaiblissement des obligations de l'employeur¹⁰¹⁹. En effet, l'absence de visite médicale du salarié qui n'a pas empêché la poursuite du contrat de travail pendant plusieurs mois ne donne pas lieu à la résiliation judiciaire du contrat de travail ni à la prise d'acte de sa rupture. Il pourrait en être déduit que l'employeur reste impuni pour ses manquements. « Le paramètre temps s'invite au rang des circonstances qui vont lourdement peser sur la légitimité de la décision du salarié de prendre acte de la rupture du contrat »¹⁰²⁰. Cependant, cette jurisprudence vient limiter un mouvement grandissant de « départs opportunistes de collaborateurs souvent haut placés »¹⁰²¹, puisque les juges avaient trop facilement tendance à admettre la justification de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Par cet arrêt, la Cour de cassation fait un retour au droit commun¹⁰²² qui est en conformité avec la finalité de ces modes de rupture : c'est parce que le maintien dans les relations contractuelles est devenu impossible que le salarié peut soit demander la rupture soit prendre acte de la rupture du contrat de travail. Par principe, en vertu de la force obligatoire du contrat, les parties doivent rester dans leurs relations contractuelles tant que le contrat existe. Même si la rupture unilatérale du contrat n'est qu'un tempérament à sa force obligatoire¹⁰²³, il ne faut pas que l'exécution obligatoire du contrat, portée de sa force obligatoire, permette de porter atteinte trop facilement à l'existence du contrat et donc également à sa force obligatoire. Néanmoins, cette jurisprudence est intéressante en ce qu'elle permet de porter atteinte à un autre aspect de la force obligatoire du contrat de travail, à savoir son essence normative. En effet, « lorsque la modification unilatérale du contrat de travail n'empêche pas la poursuite de la relation de travail ou qu'elle n'est pas de nature à en empêcher la poursuite, les juges du fond peuvent écarter la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail »¹⁰²⁴. Non seulement l'employeur n'exécute pas ses obligations contractuelles, mais en plus « l'employeur bafoue la « loi » des parties »¹⁰²⁵ en décidant de la modifier unilatéralement. L'existence du contrat de travail

¹⁰¹⁹ A. Barège, *Quel avenir pour la résiliation judiciaire ?*, JCP S 2014 p.1268

¹⁰²⁰ F. Dumont, *La prise d'acte sous l'empire du temps*, JCP S 2014 p.1302

¹⁰²¹ J-E Ray, *Une relégitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte*, Dr. soc. 2014 p.397

¹⁰²² Sur la justification de la résolution judiciaire de droit commun par l'impossibilité du maintien de la relation contractuelle dans des conditions normales, voir B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ 2015 p.254

¹⁰²³ Voir supra n°128s.

¹⁰²⁴ Cass. soc., 12 juin 2014 pourvoi n°13-11448

¹⁰²⁵ A. Barège, *L'action en résiliation judiciaire est morte, vive l'action en résiliation judiciaire ?*, JCP S 2014 p.1409

est promue au détriment de son essence. Faut-il y voir un retour des clauses substantielles du contrat de travail ? Cela semble incertain. Il ne s'agit pas de nier le fait que l'employeur a commis une faute, mais davantage de nuancer la gravité de sa faute. Cet arrêt est significatif de la contingence de la notion de force obligatoire dans les relations de travail. C'est elle qui régit tous les aspects de la relation contractuelle. C'est grâce à la force obligatoire que le contrat doit être exécuté. L'exécution se déroule au sein d'un périmètre constitué par la norme contractuelle dont les parties doivent respecter l'intégrité. Comme un oxymore, la force obligatoire du contrat de travail en vient à s'opposer à elle-même. Elle pose ses propres limites.

Sous-section II : L'inexécution tolérée

352. L'inexécution du contrat de travail porte atteinte à sa force obligatoire. Cependant, certaines de ces inexécutions sont tolérées. Il s'agit des hypothèses de suspensions du contrat de travail. Dès lors qu'elles sont une exception à la force obligatoire du contrat de travail, elles doivent être interprétées strictement, ces hypothèses sont donc limitativement énumérées par la loi¹⁰²⁶ sauf disposition contractuelle plus favorable au salarié. Ainsi, il y a suspension du contrat de travail chaque fois que « le travailleur est fondé à refuser sa prestation de travail ou l'employeur à s'abstenir de fournir du travail »¹⁰²⁷. Cette définition de la suspension du contrat de travail englobe largement¹⁰²⁸ les hypothèses d'inexécution tolérée. Nombreuses sont les tolérances en matière d'inexécution du contrat de travail (§1), dont chacune a un régime d'inexécution qui lui est propre (§2).

§1. Les tolérances

353. La suspension du contrat de travail peut intervenir pour sanctionner l'irrespect de la force obligatoire du contrat de travail par l'autre partie (I). Toutefois, cette hypothèse reste marginale et la plupart des suspensions constituent des violations tolérées de la force obligatoire du contrat de travail (II).

¹⁰²⁶ Cass. soc., 26 mars 2014 pourvoi n°12-21374

¹⁰²⁷ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis ed. 1970 p.491

¹⁰²⁸ Pour une critique du caractère imprécis et trop général de la définition, J.Pélissier, *Reflexions à propos de la suspension du contrat de travail* in *Etudes offertes à André Brun*, Dalloz 1974 p.428

I. L'inexécution sanction de la force obligatoire du contrat de travail

354. L'exception d'inexécution. L'inexécution de son obligation par l'une des parties peut venir sanctionner l'inexécution de son obligation par l'autre partie. Il s'agit de l'hypothèse de l'exception d'inexécution. Dans le Code civil allemand, l'exception d'inexécution (« exécution trait pour trait ») apparaît comme une illustration du principe de la bonne foi contractuelle¹⁰²⁹. En droit français, l'exception d'inexécution est une création prétorienne qui s'explique par l'interdépendance des obligations réciproques de deux parties à un contrat synallagmatique¹⁰³⁰. Elle permet à une partie, débitrice et créancière d'obligations qui doivent s'exécuter de manière simultanée, « de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due »¹⁰³¹. Pour que l'une des parties puisse valablement suspendre l'exécution de sa prestation, il faut une inexécution corrélative, peu important la cause de cette inexécution. Elle peut être due tant à une faute qu'à un cas de force majeure¹⁰³². Cette inexécution suppose néanmoins une certaine gravité¹⁰³³, ce qui laisse entendre qu'il doit s'agir des obligations principales et non accessoires¹⁰³⁴. L'employeur peut ainsi, en guise de sanction, mettre à pied le salarié duquel la présence dans l'entreprise est rendue impossible en raison des manquements à ses obligations, suspendant ainsi son obligation de fournir du travail. Parallèlement, le salarié dispose du droit de ne pas exécuter sa prestation de travail en cas de violation manifeste de l'employeur de ses obligations. Lorsqu'il se trouve dans une situation de danger grave et imminent pour sa vie et sa santé, le salarié peut se retirer de son poste de travail sans que l'employeur ne puisse lui demander de reprendre son activité¹⁰³⁵. La violation de l'obligation contractuelle de sécurité de l'employeur permet au salarié de refuser d'exécuter sa prestation de travail. Il n'est nul besoin d'avoir recours au juge pour faire jouer l'exception d'inexécution. C'est un moyen de justice privée qui permet de faire pression sur son cocontractant afin qu'il exécute ses obligations.

¹⁰²⁹ BGB art. 320 al. 1

¹⁰³⁰ Le mécanisme est souvent rattaché à la notion de cause du contrat. Puisque la cause réside dans l'objet de la prestation du cocontractant, celui qui n'exécute pas sa prestation vide la prestation de l'autre partie de sa cause. Toutefois, cette présentation est démentie par nombre d'auteurs, telle que le Professeur Fabre-Magnan (M. Fabre-Magnan, *Contrats en engagements unilatéraux*, T.1 2^e ed PUF, p.618).

¹⁰³¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^e édition p.643

¹⁰³² Ibid. p.648

¹⁰³³ Cass. com. 16 juill. 1980, pourvoi n°78-15956 : pour l'exigence d'une gravité suffisante

¹⁰³⁴ A. Bonardi, *Remarques sur la nature juridique de la suspension du contrat de travail*, Mémoire Paris II 2013 p.37

¹⁰³⁵ C.trav. art., L.4131-1

355. A partir du 1^{er} octobre 2016, les articles 1219 et 1220 du Code civil ouvriront la possibilité au cocontractant de refuser l'exécution son obligation soit en cas d'inexécution suffisamment grave de son obligation par l'autre partie, soit lorsqu'il sera manifeste que l'autre partie ne va pas exécuter ses obligations à échéance et que ces inexécutions sont suffisamment graves pour le cocontractant. Cette dernière hypothèse de « suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ». Cela pourra peut-être trouver application dans les relations de travail, lorsqu'il est manifeste que la situation économique de l'employeur ne lui permettra pas de rémunérer le salarié en temps et en heure. Le salarié pourra alors notifier à l'employeur la suspension de l'exécution de sa prestation.
356. **La suspension ?** L'exception d'inexécution a pu faire l'objet d'une distinction ferme avec la suspension du contrat¹⁰³⁶. Cette distinction se justifierait notamment par les finalités et les régimes respectifs des deux mécanismes. En effet, l'exception d'inexécution a une finalité coercitive, il s'agit de sanctionner l'irrespect de la force obligatoire du contrat de travail et de forcer son respect ; tandis que la suspension a pour finalité originelle¹⁰³⁷ de maintenir le lien contractuel malgré l'impossibilité temporaire d'exécution¹⁰³⁸. Présentés ainsi, les deux mécanismes semblent radicalement différents. Concernant la différence de régime, il a pu être avancé à propos de la suspension qu'« il n'y a pas simple retard mais inexécution partielle ; pendant la période de suspension, les parties sont dispensées d'exécuter leurs obligations et la portion de contrat non exécutée ne sera pas rattrapée »¹⁰³⁹. L'exception d'inexécution, au contraire, ne dispense pas la partie sanctionnée de l'exécution de son obligation mais l'oblige à rattraper l'inexécution passée. Cet argument semble pourtant reposer sur une confusion du domaine d'application de la suspension. Il serait en effet contraire à l'effet utile du mécanisme que de dire que l'exception d'inexécution entraîne la suspension de l'obligation du cocontractant ainsi sanctionné. En revanche, il est tout à fait envisageable de dire que l'exception d'inexécution entraîne la suspension de l'exécution de la prestation de celui qui l'invoque¹⁰⁴⁰, se trouvant ainsi exonéré temporairement de l'exécution de son obligation

¹⁰³⁶ J. Lebreton, *Suspension et résolution des contrats*, Rev. crit. de légis. et de JP, 1924 p. 589 : « Nous croyons fermement et nous l'avons déjà laissé pressentir, que les principes de l'exceptio non adimpleti contractus sont absolument inapplicables aux situations étudiées ».

¹⁰³⁷ La suspension du contrat de travail répond aujourd'hui de finalités multiples et variées (F. Favennec-Héry, *La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?* in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-pierre Laborde*, Dalloz 2015 p.641s.

¹⁰³⁸ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz 2005 n°110s.

¹⁰³⁹ J-F Artz, *La suspension du contrat de travail à exécution successive*, D. 1979 Chron. XV p.98

¹⁰⁴⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^e édition p.650

contractuelle sans que cela ne puisse lui être reproché. La suspension de l'obligation de celui qui invoque l'exception d'inexécution s'envisage d'autant plus que, tel que cela sera étudié¹⁰⁴¹, il n'existe pas un régime de la suspension du contrat de travail, mais une pluralité de régime de suspensions d'obligations contractuelles. Il pourrait dès lors être admis que cette suspension ne s'applique pas réciproquement aux deux parties au contrat.

II. L'inexécution violation de la force obligatoire du contrat de travail

357. Il existe plusieurs hypothèses d'inexécutions justifiées portant atteinte à la force obligatoire du contrat de travail. A titre liminaire, il convient d'en écarter les hypothèses de suspension conventionnelle du contrat de travail. Les parties peuvent organiser ensemble la suspension des obligations afin de permettre de ne pas exécuter son obligation pendant une durée déterminée. Il s'agit notamment de la mobilité volontaire sécurisée du salarié qui va profiter de la suspension du contrat pour exercer une activité dans une autre entreprise du groupe auquel appartient son employeur¹⁰⁴². Dès lors que cette mobilité doit être prévue par avenant au contrat de travail¹⁰⁴³, il n'est pas question de violation de la force obligatoire du contrat de travail mais plutôt de son respect. Le contrat est suspendu en vertu du contrat. Les hypothèses qui nous intéressent relèvent davantage des suspensions autonomes de toute disposition conventionnelle. Elles interviennent soit de manière casuelle (A), soit de manière potestative (B).

A) Les inexécutions casuelles

358. *Le motif externe.* Certaines inexécutions sont justifiées indépendamment de la volonté des cocontractants d'exécuter ou non leurs obligations. La force majeure justifie l'inexécution et la suspension des obligations contractuelles¹⁰⁴⁴. Elle est classiquement définie, en droit commun des contrats comme « un événement présentant à la fois " un caractère d'imprévision lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution " »¹⁰⁴⁵. Le Code du travail ignore la force majeure. La chambre sociale de la Cour de cassation adopte depuis un arrêt du 16 mai 2012 la définition classique de la force majeure. Elle « s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion

¹⁰⁴¹ Voir infra n°363s.

¹⁰⁴² C. trav. art., L.1222-12

¹⁰⁴³ C. trav. art., L.1222-13

¹⁰⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}., 24 février 1981 pourvoi n°79-12.710 : « en cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant simplement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser »

¹⁰⁴⁵ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ 2015 p.260

du contrat et irrésistible dans son exécution »¹⁰⁴⁶. La force majeure doit constituer un événement insurmontable, rendant absolument impossible l'exécution de l'obligation, et que les parties n'avaient pas prévu en contractant. L'extériorité de l'événement implique que l'événement ne soit pas imputable au débiteur¹⁰⁴⁷. En outre, l'article 1218 du Code civil disposera dès le 1^{er} octobre 2016 qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». L'expression d'extériorité est évincée pour faire place à la notion plus souple de contrôle. En droit du travail, les juges ont recours à la force majeure pour justifier une inexécution casuelle qui ne serait pas prévue par le Code du travail. Cela renvoie la plupart du temps à des événements externes aux parties, tels que les catastrophes naturelles¹⁰⁴⁸ ou l'état de guerre¹⁰⁴⁹.

359. *Le motif interne.* Le Code du travail encadre les événements qui seraient internes aux parties et qui justifieraient l'inexécution casuelle du contrat de travail. La suspension du contrat de travail pour maladie, accident et inaptitude médicale est l'exemple le plus utilisé. Lorsque le médecin du salarié constate une impossibilité pour lui d'exécuter sa prestation de travail¹⁰⁵⁰, le contrat est suspendu et le salarié est dispensé d'exécuter sa prestation de travail. En droit commun des contrats, la maladie du débiteur constitue un cas de force majeure¹⁰⁵¹. En droit du travail, la théorie de la force majeure ne doit pas être écartée du fait que la suspension ait un fondement légal. La suspension du contrat de travail aurait pu être invoquée indépendamment de ce fondement, qui n'apporte qu'un encadrement du régime de la suspension du contrat de travail en raison de la maladie du salarié qui se trouve ainsi davantage protégé. Une telle suspension garantit le maintien de la relation contractuelle alors que le contrat de travail ne peut plus être exécuté par le salarié. Elle s'inscrit dans une logique de stabilité du contrat : la force obligatoire du contrat est altérée au profit du maintien de la force obligatoire du contrat.

¹⁰⁴⁶ Cass. soc., 16 mai 2012 pourvoi n°10-17726

¹⁰⁴⁷ Article 1147 du Code civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

¹⁰⁴⁸ Cass. crim., 4 janvier 1984, Bull. crim., n°6

¹⁰⁴⁹ Cass. soc., 24 juin 1965, Bull. civ. IV n°411

¹⁰⁵⁰ C. trav. art., L.1226-1

¹⁰⁵¹ Cass. civ., 1^{ère}. 10 février 1998 pourvoi n°96-13316

B) Les inexécutions potestatives

- 360. *Le motif personnel.*** Le législateur a ouvert le droit aux parties à un contrat de travail de suspendre unilatéralement leurs obligations pour des motifs personnels. La violation de la force obligatoire du contrat de travail est totale : une partie peut prendre l'initiative de ne pas exécuter sa prestation de manière temporaire sans que cela ne constitue une faute. Il semble que ces hypothèses ne pourraient pas être rattachées à la notion de force majeure, les parties en ayant le parfait contrôle. Ces suspensions apparaîtraient ainsi comme autonomes par rapport au droit commun des contrats¹⁰⁵². Elles ont une finalité protectrice des droits de la personne physique ou morale, et une finalité sociale.
- 361.** Les congés payés sont, parmi ces droits, une cause de suspension de l'obligation contractuelle¹⁰⁵³, ils permettent au salarié de ne pas exécuter sa prestation et de continuer à être rémunéré. Le salarié acquiert, sauf dispositions plus favorables contraires, deux journées et demi de congés par mois de travail effectif¹⁰⁵⁴. Le droit au congé annuel payé doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière¹⁰⁵⁵. Il existe une multitude d'autres cas de congés prévus par le Code du travail pour motif personnel. Le congé maternité permet à la femme enceinte, à partir de la 6^e semaine précédant la date de l'accouchement, d'ouvrir une période de suspension s'étendant en principe sur 16 semaines¹⁰⁵⁶. Le salarié peut également prendre un congé de quatre jours en cas de mariage¹⁰⁵⁷. Le salarié n'est pas totalement libre de la prise de ses congés. L'employeur peut décider, à la suite de la consultation des élus du personnel¹⁰⁵⁸, de fermer l'entreprise temporairement pendant une durée précisée dont les dates sont en principes concomitantes à celles des congés payés. Ces hypothèses sont censées assurer le respect de l'exercice d'un droit à la vie personnelle du salarié.

¹⁰⁵² A. Bonardi, *Remarques sur la nature juridique de la suspension du contrat de travail*, Mémoire Paris II 2013 p.70

¹⁰⁵³ J. Pélissier, *Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail*, in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, p. 429 : « il est difficile de nier que les congés payés ou les jours fériés constituent des cas de suspension ».

¹⁰⁵⁴ C. trav. art. L.3141-3

¹⁰⁵⁵ Le droit au congé annuel payé revêt, en sa qualité de principe du droit social de l'Union, non seulement une importance particulière, mais qu'il est aussi expressément consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne reconnaît la même valeur juridique que les traités (arrêts KHS, précité, point 37, du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10, point 40 et du 21 février 2013, Maestre García, point 17).

¹⁰⁵⁶ C. trav. art., L.1225-17

¹⁰⁵⁷ C. trav. art., L.3142-1

¹⁰⁵⁸ C. trav. art. L.3141-13 : « A défaut de convention ou d'accord collectif de travail, cette période est fixée par l'employeur en se référant ux usages et après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise ».

362. *Le motif professionnel.* La vie professionnelle du salarié est également assurée, mais elle ne l'est pas nécessairement dans l'entreprise du salarié. Le législateur ouvre le droit au salarié de prendre des congés afin d'améliorer sa formation¹⁰⁵⁹, ou de créer son entreprise¹⁰⁶⁰. Un motif de suspension retient l'attention, c'est celui de la suspension en raison du congé de reclassement. A l'occasion d'un grand licenciement pour motif économique, l'entreprise qui a plus de mille salariés doit proposer à ses salariés un congé de reclassement d'une durée de quatre à douze mois pour leur permettre de retrouver un emploi¹⁰⁶¹. Le salarié est dispensé d'exercer son préavis de rupture dont la durée s'impute sur le temps du congé¹⁰⁶². Le contrat de travail est maintenu le temps du congé¹⁰⁶³, bien que le salarié n'ait pas à exécuter sa prestation de travail. Toutefois, le salarié qui retrouve un emploi temporaire au cours du congé, doit en informer l'employeur et cela a pour effet de suspendre le contrat de travail¹⁰⁶⁴. La suspension du contrat de travail intervient donc même lorsque le maintien du contrat de travail n'est plus qu'artificiel et que le salarié n'exécute plus sa prestation. Le législateur a entendu protéger parallèlement la liberté d'entreprendre de l'employeur en lui offrant des suspensions potestatives justifiées par un motif professionnel. En cas de difficulté d'approvisionnement en matière première, d'arrivée d'un sinistre ou d'intempéries à caractère exceptionnel ou de transformation d'entreprise, l'employeur demande au préfet une autorisation d'activité partielle lui permettant de fermer temporairement l'entreprise et de suspendre les contrats de travail. Enfin, l'inexécution potestative peut être collective. Une cessation concertée et collective de travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles, en d'autres termes une grève, est un juste motif de suspension du contrat de travail. Or, « la reconnaissance du droit de grève porte un coup au principe de force obligatoire en légitimant un refus d'exécution des engagements pris »¹⁰⁶⁵. Les salariés peuvent suspendre unilatéralement leurs contrats de travail en raison de leur mécontentement à propos de leurs contrats de travail. Le collectif prend le pas sur l'individuel. Sous le couvert de l'exercice d'un droit fondamental¹⁰⁶⁶, la communauté de travail fait taire l'individuel, et le passage en force écarte la force obligatoire. La suspension du contrat de travail apparaît comme un

¹⁰⁵⁹ C. trav. art. L.6322-1

¹⁰⁶⁰ C. trav. art. L.3142-78

¹⁰⁶¹ C. trav. art., L.1233-17

¹⁰⁶² C. trav. art., L.1233-72

¹⁰⁶³ C. trav. art., L.1233-72

¹⁰⁶⁴ C. trav. art., L.123372-1

¹⁰⁶⁵ B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail*, Arch. phil. Droit 41 1997 n°4

¹⁰⁶⁶ CE 7 juillet 1950 pourvoi n° 01645 : le droit de grève est un droit constitutionnel

mécanisme conciliateur des droits et libertés fondamentaux : celui d'avoir un emploi, celui d'exercer une vie familiale normale, celui de défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale... Le contrat de travail doit composer avec les intérêts individuels et collectifs qu'il représente, et sa force obligatoire s'y adapter.

§2. Les inexécutions

363. *La suspension des obligations contractuelles.* « Tout au long de la suspension, il est difficile de déterminer clairement ce qui est suspendu et ce qui ne l'est pas »¹⁰⁶⁷. Il semble que ce qui fait l'objet de la suspension, ce sont les obligations principales liées au contrat de travail, celles qui en permettent sa qualification. L'exécution d'une prestation sous la subordination de l'employeur. Le salarié n'a plus à exécuter sa prestation, et l'employeur n'a plus à lui imposer des directives. Cela suggère que l'employeur ne peut pas user de son pouvoir disciplinaire. Les salariés dont le contrat de travail est suspendu bénéficient d'une protection en matière de licenciement. Cependant, « il n'y a pas d'unité du régime »¹⁰⁶⁸ de la suspension, chaque motif de suspension entraîne un régime différent de la suspension. Le salarié dont l'obligation d'exécuter sa prestation est suspendue en raison d'une grève ne peut être sanctionnée, à raison de cette grève, qu'en cas de faute lourde¹⁰⁶⁹. En revanche, le salarié peut être licencié pendant la période de grève (même si cela est très fortement déconseillé) pour un motif étranger à l'exercice du droit de grève. Pareillement, le salarié en arrêt maladie ne peut être licencié par l'employeur qu'en cas de faute grave du salarié, de motif économique rendant impossible le maintien de la poursuite de travail, ou, si la maladie est d'origine non professionnelle, de trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise¹⁰⁷⁰. La suspension de l'obligation d'une femme enceinte d'exécuter sa prestation de travail, au contraire, ne permet en aucun cas à l'employeur de notifier un licenciement pendant la période de suspension¹⁰⁷¹. Un tel licenciement serait nul¹⁰⁷². Si la salariée commet une faute grave qui n'est pas en lien avec son état de grossesse, l'employeur pourra prononcer la rupture uniquement après le retour de la salariée dans l'entreprise.

¹⁰⁶⁷ J. Péliissier, *Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail* in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, p. 430

¹⁰⁶⁸ F. Favennec-Héry, *La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?* in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-pierre Laborde* Dalloz 2015 p.645

¹⁰⁶⁹ C. trav. art., L.2511-1

¹⁰⁷⁰ Cass. Ass. Plen. 22 avril 2011 pourvoi n° 09-43.334

¹⁰⁷¹ C. trav.art. L.1225-4

¹⁰⁷² Cass. soc., 30 avril 2003 pourvoi n° 00-44.811

364. A l'inexécution de la prestation de travail subordonnée, s'accompagne en principe l'absence de rémunération du salarié¹⁰⁷³ : pas de travail, pas de salaire. Par exception, des dispositions plus favorables prévoient le maintien de tout ou partie du salaire au bénéfice du salarié. Ainsi, le salarié en arrêt maladie ayant un an d'ancienneté dans l'entreprise perçoit, outre les allocations journalières de sécurité sociale représentant la moitié de leur dernier salaire, un indemnité supplémentaire versée par l'employeur¹⁰⁷⁴ de manière à ce que le salarié touche en tout au moins 90% de la rémunération brute qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler pendant les trente premiers jours, et deux tiers de cette rémunération pendant les jours suivants¹⁰⁷⁵. La suspension de l'obligation contractuelle du salarié d'exécuter sa prestation de travail n'entraîne qu'une suspension partielle de l'employeur de rémunérer le salarié. Il n'existe donc pas un régime de suspension du contrat de travail, mais des régimes de suspensions des obligations contractuelles principales, différents selon chaque cas de suspension.

365. *La suspension du lien contractuel.* Si les cocontractants n'exécutent plus leurs obligations principales, restent que le lien contractuel qui les unit demeure. Cette affirmation se vérifie après la suspension du contrat de travail, et pendant sa suspension. A l'issue de la suspension du contrat de travail, il est un principe général s'appliquant à chaque motif de suspension selon lequel les salariés doivent retrouver leur ancien poste ou un poste équivalent. Pendant la suspension du contrat de travail, il est également généralement admis que les cocontractants ne sont pas libres l'un vis-à-vis de l'autre. Dès lors que la bonne foi contractuelle est une norme comportementale qui intègre tous les rapports contractuels, elle perdure malgré l'inexécution des obligations principales¹⁰⁷⁶. Ainsi, « la suspension du contrat de travail dispense le salarié d'exécuter sa prestation de travail, mais laisse subsister à sa charge une obligation de loyauté envers l'employeur, et une obligation

¹⁰⁷³ Il convient cependant de nuancer cette affirmation : si la suspension de l'obligation d'exécuter la prestation subordonnée est causée par l'exception d'inexécution, l'obligation de rémunérer n'est pas suspendue. Seules les obligations du salarié sont suspendues par ce mécanisme.

¹⁰⁷⁴ C. trav. art., L.1226-1

¹⁰⁷⁵ C. trav. art., D.1226-1

¹⁰⁷⁶ Cette affirmation semble d'ailleurs paradoxale avec celle consistant à faire de la bonne foi contractuelle une norme de qualité de l'exécution des obligations principales. Il ne faut pas cantonner la bonne foi contractuelle aux obligations découlant du contrat. La bonne foi est attachée à l'existence du contrat. Elle perdure tant que perdurent les relations contractuelles. Et cela se comprend aisément dès lors que la suspension n'est que temporaire : afin de garantir la bonne entente des parties et la bonne exécution du contrat à sa reprise, il convient que la suspension se soit bien déroulée. De surcroît, les obligations ne sont pas éteintes, elles sont simplement suspendues. Il ne faut pas, là non plus, généraliser le principe de la suspension du contrat qui adopte des régimes différents.

de non-concurrence, qui n'est qu'un corollaire de la précédente »¹⁰⁷⁷. La suspension produit encore des effets aléatoires selon son origine. Il serait notamment paradoxal d'imposer une telle obligation de non-concurrence au salarié dont l'obligation contractuelle d'exécuter sa prestation de travail est suspendue en raison de la prise d'un congé pour création d'entreprise¹⁰⁷⁸. A l'obligation de non-concurrence, s'ajoutent des obligations de confidentialité et d'information. La dispense de travail ne permet pas au salarié de refuser de communiquer à l'employeur des « informations détenues par lui et nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise »¹⁰⁷⁹. Le salarié qui n'exécute pas sa prestation de travail ne doit pas empêcher les autres salariés d'exécuter la leur correctement. L'obligation de coopération persiste tant que persistent les relations de travail.

- 366.** La persistance des liens contractuelles suppose la persistance des liens d'appartenance du salarié à l'entreprise. Contrairement à ce qui a pu être affirmé¹⁰⁸⁰, il n'existe pas deux liens contractuel et institutionnel entre le salarié et l'employeur. La persistance de l'appartenance à l'entreprise durant la suspension s'explique par le fait que la suspension ne touche que les obligations, et non le contrat en lui-même. De ce fait, le salarié est toujours compté parmi les effectifs de l'entreprise, son ancienneté dans l'entreprise continue à être décomptée, et il est pris en compte lors des élections professionnelles, comme électeur ou éligible s'il remplit les critères¹⁰⁸¹. Cela soulève une nouvelle fois la question de l'appartenance du salarié à une collectivité de travail, et des impacts de la force obligatoire du contrat individuel au sein de cette collectivité.

¹⁰⁷⁷ J. Savatier, *Contrat de travail. Suspension. Maintien de l'obligation de loyauté. Application en cas de maladie et en cas de congé sabbatique*, Dr. soc. 2003 p.770

¹⁰⁷⁸ C. trav. art., L.3142-68

¹⁰⁷⁹ Cass. soc., 18 mars 2003 pourvoi n° 01-41.343

¹⁰⁸⁰ J. Pélissier, *Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail*, in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, p. 429

¹⁰⁸¹ J-M Béraud, *L'influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 1980 p.151s

Chapitre II : La portée collective de la force obligatoire du contrat de travail

367. La conclusion du contrat de travail justifie l'appartenance du salarié à une entreprise. Tous les salariés de cette entreprise se voient appliquer un statut collectif composé de normes collectives négociées (conventions et accords collectifs) et non négociées (usages d'entreprise, actes unilatéraux de l'employeur, accords atypiques). L'objet de ce statut collectif peut se confondre avec celui du contrat de travail, tel qu'en matière de rémunération ou de détermination de la prestation. Parfois même la validité du contrat dépend de la norme collective. Une convention individuelle de forfait en jour ne peut être conclue que si un accord ou une convention collective de branche ou d'entreprise le prévoit. Cette application de la hiérarchie des normes renvoie à l'ordre public et ne concerne pas l'étude de la force obligatoire du contrat de travail mais plutôt celle de sa validité. La question de la force obligatoire du contrat individuel de travail se pose davantage concernant son intégrité et son exécution. Il convient de déterminer dans quelle mesure l'application aux salariés de l'entreprise du statut collectif se confronte au contrat de travail. Ces questions sont particulièrement d'actualité puisque la volonté de permettre à l'entreprise d'assurer sa compétitivité¹⁰⁸² suppose une flexibilité du statut collectif qui viendrait peut-être remettre en question (Section II) le droit positif (Section I).

Section I : De lege lata

368. S'il est admis que l'intégrité du contrat de travail est sauve puisque le statut collectif ne s'intégrerait pas au contrat de travail (Sous-section I), la force obligatoire du contrat de travail peut être atteinte en raison de l'articulation de ces normes entre elles (Sous-section II).

Sous-Section I : L'incorporation des normes collectives dans les normes individuelles

369. L'éventuelle identité d'objet de la norme individuelle et de la norme collective conduit à s'interroger sur leur autonomie. La force obligatoire du contrat de travail s'attache avant tout à la norme contractuelle, à la protection de son intégrité. Sur ce point, le principe

¹⁰⁸² Sur cette question, v. not. A. Pacquetet « *La compétitivité en droit du travail* », Mémoire, 2016

affirmé de l'autonomie des normes applicables au sein de l'entreprise semble de prime abord assurer la non incorporation de la norme collective dans la norme individuelle (§1). Néanmoins, il est indéniable que la norme collective reçoit elle-même force obligatoire et doit être exécutée en même temps que le contrat de travail. L'étude de l'exécution du statut collectif parallèlement à l'exécution du contrat de travail conduit à s'interroger sur l'intégration du statut collectif dans les obligations contractuelles liant employeur et salarié (§2).

§1. L'incorporation dans la norme individuelle

370. En principe il n'y a aucune incorporation du statut collectif dans le contrat individuel de travail (I). Par exception, certains mécanismes conduisent à contractualiser le statut collectif (II).

I. La non-incorporation du statut collectif dans le contrat de travail

371. Le principe de l'autonomie des sources en droit du travail (A) permet de préserver l'intégrité du contrat de travail (B) et sa force obligatoire.

A) L'autonomie du contrat de travail

372. *Contenus autonomes.* « Les règles conventionnelles, pas plus que les normes privées non conventionnelles - celles posées par le règlement intérieur ou tout autre acte normateur patronal, celles imputées à l'usage – ne s'incorporent aux contrats individuels pour être dorénavant traitées comme des stipulations de ces contrats »¹⁰⁸³. De la même manière, les clauses des conventions collectives qui imposent l'accord du salarié en cas de changement de son lieu ne sont que des règles de procédure qui n'ont pas pour effet de conférer au lieu du travail un caractère contractuel¹⁰⁸⁴. Qu'elle soit négociée avec les partenaires sociaux ou non, la norme issue du statut collectif applicable dans l'entreprise ne s'incorpore pas au contrat individuel de travail qui a une pleine autonomie à son égard. La jurisprudence a sur ce point évolué. Elle a longtemps considéré que le règlement intérieur¹⁰⁸⁵ ou les sources atypiques tels que les usages¹⁰⁸⁶ étaient intégrées au contrat de travail. Désormais, toutes

¹⁰⁸³ A. Jeammeaud « *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail* » RDT 2016 p.228

¹⁰⁸⁴ Cass. ass. plen. 23 octobre 2015 n°13-25729

¹⁰⁸⁵ Cass. civ. 14 février 1866 Bull. civ. n°34

¹⁰⁸⁶ V. notamment P. Langlois « *les usages* » in « *les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen* », Dalloz, 1989 p.293s

ces sources bénéficient « d'une reconnaissance d'autonomie »¹⁰⁸⁷. L'autonomie de leur contenu ne signifie pas que ces contenus n'ont pas le même domaine d'application. « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables »¹⁰⁸⁸. Le statut collectif et le contrat de travail trouvent à s'appliquer aux relations de travail, dans la mesure du plus favorable.

373. *Existences autonomes.* Cependant, ce n'est pas parce qu'elles s'insèrent dans une même hiérarchie normative que ces normes sont interdépendantes. L'autonomie qui leur est conférée leur permet d'exister et d'évoluer indépendamment les unes des autres. « L'accord collectif étant extérieur au contrat de travail, la révision de celui-ci ne peut pas permettre au salarié de se placer sur le terrain de la modification du contrat pour en refuser les effets »¹⁰⁸⁹. Il en va de même pour la dénonciation d'un usage ou d'un accord atypique. Cette autonomie permet de préserver l'intégrité du contrat de travail.

B) L'intégrité du contrat de travail

374. « L'immutabilité du contrat sauf nouvel accord des contractants exclut toute modification de sa teneur par acte unilatéral des parties (2), mais aussi toute modification par acte des tiers (1) »¹⁰⁹⁰.

1- La modification du contrat de travail par les tiers

375. *La modification.* La non-incorporation suppose que la modification du statut collectif ne touche pas un élément du contrat de travail, « le contenu obligationnel du contrat est inchangé »¹⁰⁹¹. Le statut collectif peut ou peut ne pas s'appliquer aux relations de travail, en raison du caractère plus favorable du contrat de travail, il ne modifie en aucun cas le contrat de travail. « L'intangibilité du contrat qui est sous-jacente à l'affirmation selon laquelle l'accord collectif ne peut modifier le contrat est indifférente à toute pesée des avantages »¹⁰⁹². Ainsi, une clause de non concurrence ne peut être imposée¹⁰⁹³ ou

¹⁰⁸⁷ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » *Economica*, 2008 p. 91

¹⁰⁸⁸ C. trav. art., L.2254-1

¹⁰⁸⁹ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » *Dr. soc.* 2009 p.900

¹⁰⁹⁰ A. Jeammeaud « *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail* » *RDT* 2016 p.228

¹⁰⁹¹ P. Ancel « *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat* » *RDT* 2016 p.240

¹⁰⁹² G. Couturier « *L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective* », *SSL* 2012 n°1534

¹⁰⁹³ Cass. soc., 17 octobre 2000 pourvoi n°98-42018

supprimée¹⁰⁹⁴ d'un contrat de travail en raison d'un accord collectif. Une prime d'ancienneté « de nature conventionnelle ne peut être intégrée sans l'accord du salarié, dans la rémunération contractuelle »¹⁰⁹⁵, peu important que cette prime soit plus favorable au salarié. La Cour de cassation affirme avec constance qu'« un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »¹⁰⁹⁶. La force obligatoire du contrat de travail est donc, en apparence, préservée. Elle s'impose comme un objet de résistance du salarié au milieu de la collectivité. Cette résistance est l'objet de débats idéologiques : les juristes libéraux qui prônent d'ordinaire l'établissement d'un ordre contractuel individuel au nom de la sécurité juridique, prennent le contrepied de leur position face à la résistance du contrat de travail contre la flexibilité conventionnelle qui pourrait être instaurée dans l'entreprise afin d'assurer sa compétitivité¹⁰⁹⁷. Il convient de délimiter à quel point l'individuel peut s'isoler de la communauté de travail, l'individu ne pouvant pas se transformer en individualisme, et la communauté ne pouvant pas se transformer en communisme.

376. L'information. A ce titre, la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les clauses informatives du contrat de travail renforce l'autonomie des sources et la flexibilité du statut collectif¹⁰⁹⁸. La simple référence dans le contrat de travail de l'application de telle ou telle convention collective n'engendrerait pas la contractualisation des avantages prévus par cette convention, mais aurait plutôt une valeur informative¹⁰⁹⁹. La modification de la convention collective évoquée dans le contrat de travail n'entraîne ainsi pas la modification du contrat de travail lui-même, à moins que l'employeur n'en fasse une application unilatérale nonobstant des dispositions contractuelles contraires.

¹⁰⁹⁴ Cass. soc., 25 février 1998 pourvoi n°95-45171

¹⁰⁹⁵ Cass. soc., 23 octobre 2001 pourvoi n°99-43153

¹⁰⁹⁶ Cass. soc., 25 février 2003 pourvoi n°01-40588

¹⁰⁹⁷ P. Ancel, « *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat* », RDT 2016 p.240

¹⁰⁹⁸ Cass. soc., 21 janvier 2004 pourvoi n°02-12712

¹⁰⁹⁹ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » Dr. soc. 2009 p.900, soulevant néanmoins que si les avantages ne sont pas incorporés au contrat de travail, la précision de la convention collective applicable dans l'une de ses clauses peut contractualiser l'application de cette convention, indépendamment de son contenu.

2- La modification du contrat de travail par les parties

377. *L'application du statut collectif au contrat de travail.* « L'effet sur le contrat de travail de la norme qui le régit ne devrait pas, dans une terminologie rigoureuse, être exprimé en termes de "modification" »¹¹⁰⁰. La modification du contrat ne peut pas intervenir suite à l'application d'une norme collective en raison de leur autonomie juridique. L'application du statut collectif n'a qu'un effet sur l'exécution du contrat de travail si ses stipulations sont moins favorables, elle n'a pas d'effet sur son contenu. Le vrai risque de modification ne vient pas des tiers mais des parties. La Cour de cassation a donc changé la formulation de son attendu de principe. « Une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié »¹¹⁰¹. L'employeur qui souhaiterait forcer l'application d'une norme collective qui ne soit pas plus favorable au salarié, et donc dont l'application au contrat de travail ne serait pas justifiée par l'article L.2254-1 du Code du travail, modifierait de fait unilatéralement le contrat de travail du salarié. Le fait que la modification trouve sa source dans le statut collectif ne vient pas la légitimer. « On a là, en tout cas, le produit d'une déduction du principe de l'article 1134 »¹¹⁰² du Code civil.

378. *L'application du statut collectif aux conditions de travail.* Si la norme collective ne peut permettre une modification du contrat de travail, elle s'applique aux relations de travail. Pendant un temps, la chambre sociale de la Cour de cassation a condamné l'instauration d'une modulation du temps de travail au motif qu'elle « constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié »¹¹⁰³. La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 fait échec à cette jurisprudence. Elle dispose notamment que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹¹⁰⁴. Il s'agit du deuxième article du Code du travail énonçant qu'une application d'un accord collectif n'est pas une modification du contrat de travail. Le législateur l'avait

¹¹⁰⁰ G. Couturier « *L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective* », SSL 2012 n°1534

¹¹⁰¹ Cass. soc., 10 févr. 2016, pourvoi n° 14-26.147, JCP S 2016 p.88

¹¹⁰² A. Jeammeud « *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail* » RDT 2016 p.228

¹¹⁰³ Cass. soc., 28 septembre 2010 pourvoi n°08-43161, M. Morand « *La modulation des horaires modifie le contrat de travail* » JCP S 2010 p.1466

¹¹⁰⁴ C. trav. art., L.3122-6

fait la première fois à l'occasion de la loi du 19 janvier 2000 dite « Aubry II » destinée à réduire le temps de travail hebdomadaire à 35 heures. « La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail »¹¹⁰⁵. Il est permis à l'employeur de réduire unilatéralement la durée du travail ou d'en changer la répartition, en application d'un accord collectif. Or, le changement de la durée du travail ainsi que celui de la répartition des horaires de travail si elle entraîne un trop grand bouleversement de l'équilibre contractuel sont qualifiés de modification du contrat de travail par la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁰⁶. Le législateur décontractualise des éléments relevant du socle contractuel afin, dans le premier cas, d'assurer l'utilité d'une loi sociale, et dans le second, de permettre une plus grande flexibilité du statut collectif dans l'entreprise. De tels changements peuvent être imposés au salarié par l'employeur, les faisant ainsi basculer dans les conditions de travail desquelles il dispose. Afin d'écarter le pouvoir de résistance de l'individuel face au collectif, le législateur s'est positionné sur l'individuel : il a brisé la muraille du contrat individuel de travail avec le pouvoir individuel de l'employeur sur le salarié. Un tel basculement n'est cependant pas satisfaisant, d'autant que le législateur ne semble pas d'accord avec lui-même puisqu'il affirme, à la suite de l'article L.1222-7 du Code du travail, que « lorsque plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique »¹¹⁰⁷. Le législateur a souhaité légitimer doublement la réduction de la durée du travail par l'employeur, d'une part en interdisant aux salariés de refuser ce qui est devenu un changement des conditions de travail, et d'autre part en justifiant par une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui refuserait la modification de son contrat de travail qui en résulte. Il aurait été plus intelligible d'assumer la modification des contrats de travail par la loi en invoquant un impérieux motif d'intérêt général afin de justifier l'effet rétroactif de la loi aux contrats de travail conclus antérieurement¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵ C. trav. art., L.1222-7

¹¹⁰⁶ Voir infra n° 197, 198

¹¹⁰⁷ C. trav. art., L.1222-8

¹¹⁰⁸ C. const. décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution"; qu'il résulte de cette disposition que si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit*

II. L'incorporation exceptionnelle du statut collectif dans le contrat de travail

379. Certains systèmes d'incorporation du statut collectif s'imposent aux parties au contrat de travail (A). Toutefois, en raison de leur liberté contractuelle, celles-ci gardent également le pouvoir d'incorporer volontairement les dispositions du statut collectif au contrat de travail (B).

A) L'incorporation contrainte

380. Dans la plupart des cas, l'incorporation joue automatiquement (1). Cependant, il est des (rares) hypothèses dans lesquelles l'incorporation résulte d'une intervention judiciaire (2).

1- L'incorporation automatique

381. La loi a mis en place plusieurs dispositifs d'incorporation automatique du statut collectif dans le contrat de travail. Elle peut le faire d'abord ponctuellement en déclarant un impérieux motif d'intérêt général justifiant la dérogation au principe de non-incorporation des normes collectives dans la norme individuelle (a). Elle le fait également de manière générale via le principe des avantages individuels acquis, qui assurent une protection au salarié (b) en cas de modification du statut collectif qui lui est applicable.

a- L'impérieux motif d'intérêt général

382. *Le principe chronologique.* « En matière contractuelle, le principe chronologique soutient, afin de ne pas compromettre la sécurité juridique, la non-rétroactivité de la source nouvelle »¹¹⁰⁹. Les normes nouvelles hiérarchiquement supérieure au contrat de travail ne devrait pas s'incorporer au contrat de travail conclus avant leur entrée en vigueur. Toutefois, en présence d'un impérieux motif d'intérêt général, il est possible de déroger au principe de la non-rétroactivité de la norme¹¹¹⁰ et de porter atteinte aux prévisions des parties¹¹¹¹. Un impérieux motif d'intérêt général justifierait donc l'incorporation de la

justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie » (cons. 3)

¹¹⁰⁹ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p. 190

¹¹¹⁰ C. const. décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 préc.

¹¹¹¹ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

norme collective dans le contrat individuel de travail, et donc la modification automatique de ce contrat de travail.

383. *Le principe majoritaire.* Aux Etats-Unis, « les contrats individuels de travail sont subsidiaires au contrat collectif »¹¹¹². Les accords collectifs sont négociés et conclus par un syndicat majoritaire ayant le monopole de la représentation des salariés. Du fait de leur légitimité, les accords qu'ils concluent bénéficient d'une force obligatoire particulière, ils se substituent « à une négociation individuelle souvent inexistante »¹¹¹³. « L'accord collectif constitue un véritable contrat collectif de travail »¹¹¹⁴, il est assimilé à un contrat social où « la représentation est l'expression d'un choix des salariés consistant à abandonner les avantages individuels sur l'autel des droits collectifs »¹¹¹⁵.

b- L'impérieuse protection des salariés

384. Les différents avantages incorporés au contrat de travail des salariés ont une source unilatérale (i) ou collective (ii).

i- Les sources unilatérales

385. *Usages et engagements unilatéraux.* Dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, les usages et engagements unilatéraux applicables au personnel de l'entité économique autonome transférée sont transférés au même titre que les contrats de travail¹¹¹⁶. Le nouvel employeur des salariés est donc tenu de respecter les engagements du précédent employeur. Cette jurisprudence constante, qui semble assimiler les usages et les engagements unilatéraux à des accessoires au contrat de travail, heurte le principe de l'autonomie des sources. Le contrat de travail devrait évoluer indépendamment des sources atypiques qui lui sont applicables. Néanmoins, l'incorporation qui en résulte n'est pas totale puisque le nouvel employeur peut toujours dénoncer les usages et engagements unilatéraux applicables aux salariés transférés en informant les salariés concernés et leurs représentants, ou leur substituer une disposition d'un nouvel accord collectif. Les engagements et accords collectifs ne sont que des accessoires au contrat de travail, ils ne sont pas le contrat de travail lui-même.

¹¹¹² S. Néron « *La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale* » JCP S 2011 p.1021

¹¹¹³ Ibid.

¹¹¹⁴ Ibid.

¹¹¹⁵ Ibid.

¹¹¹⁶ Cass. soc., 9 octobre 2001 pourvoi n° 99-43661

386. L'incorporation des usages et engagements unilatéraux n'est pas nouvelle. En France, ils ont longtemps été considérés comme des annexes au contrat de travail. En Allemagne, ils font toujours partie intégrante du contrat individuel de travail¹¹¹⁷. Ainsi, la modification par l'employeur allemand d'un usage ou d'un engagement unilatéral vaut modification du contrat de travail. L'absence de marge de manœuvre patronale qui en découle a donné lieu à la technique du licenciement modificateur : l'employeur peut licencier un salarié au motif qu'il refuse la modification proposée¹¹¹⁸, solution qui a peut-être vocation à se développer en France.

ii- Les sources conventionnelles

387. En application des articles L.2261-13 et L.2261-14 du Code du travail, lorsqu'une convention ou un accord collectif a été dénoncé(e) ou mis(e) en cause et qu'il ou elle n'a pas été remplacé(e) par un nouvel accord ou une nouvelle convention dans le délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis de trois mois, les salariés conservent les avantages qu'ils ont acquis en application de ses dispositions. Ces avantages sont incorporés au contrat de travail. Il convient d'étudier la définition (α) d'avantage individuel acquis, et l'incorporation (β) qui en résulte.

α - La définition des avantages individuel acquis

388. *Avantage.* La notion d'avantage renvoie à « une rémunération ou un droit »¹¹¹⁹ plus favorable au salarié que ceux résultant de la loi ou de toute autre norme applicable au salarié et qui pourrait s'y substituer. « Ainsi, en cas de fusion absorption, si dans l'entreprise d'accueil le statut collectif est totalement ou partiellement plus favorable, il se substituera totalement ou partiellement aux avantages individuels acquis »¹¹²⁰.

389. *Individuel.* L'avantage individuel consiste en une rémunération ou un droit dont le salarié bénéficiait à titre individuel¹¹²¹. L'avantage collectif est celui qui ne peut être individualisé¹¹²². L'avantage est collectif par nature ou par finalité. Il existe deux types

¹¹¹⁷ M. Zumfeld, « *Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée* », in *Tendance actuelle du droit social allemand*, Bulletin de droit comparé du droit du travail et de la sécurité sociale, 1998 p.66-83

¹¹¹⁸ Voir infra n°220

¹¹¹⁹ Cass. soc., 13 mars 2001, RJS 2001 p.621

¹¹²⁰ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.31

¹¹²¹ Cass. soc., 13 mars 2001, RJS 2001 p.621

¹¹²² Cass. soc., 1^{er} juin 2005 : *JCP S* 2005, 1091, note B. Gauriau : « *Dès lors qu'elle se rapporte aux conditions de travail de l'ensemble des agents de sécurité, la disposition d'un accord collectif dénoncé leur*

d'avantages collectifs : « d'une part, les avantages conventionnels qui intéressent l'organisation et la gestion de l'ensemble de la collectivité de travail formée par les salariés de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée », et « d'autre part, les avantages conventionnels améliorant (ou adaptant) les règles fondamentales de protection des droits de l'ensemble de la collectivité des salariés de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée »¹¹²³. La Cour de cassation a jugé que, si le temps de pause, qui intéresse l'organisation de l'ensemble de la collectivité, était un avantage collectif, sa rémunération était un avantage individuel qui pouvait être incorporé aux contrats de travail des salariés qui avaient été transférés et dont le statut collectif avait été mis en cause¹¹²⁴.

390. Acquis. L'avantage acquis correspond à un droit « ouvert et pas seulement éventuel » s'appréciant au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif¹¹²⁵. Le salarié doit en bénéficier pour la première fois avant le jour de la dénonciation ou de la mise en cause¹¹²⁶. De la même manière « ne seraient pas acquis les droits liés à un événement ponctuel ou accidentel, ce qui conduit à exclure les droits liés à la rupture (indemnités de retraite, de fin de contrat à durée déterminée) ou liés à un événement aléatoire dans sa survenance (maladie, maternité) »¹¹²⁷. Il convient de préciser qu'« une créance peut être due sans qu'un avantage soit acquis »¹¹²⁸. La dénonciation ou la mise en cause n'emporte l'extinction des obligations que pour l'avenir, l'obligation peut être née et dans le patrimoine de son créancier et la disparition de l'accord ne la fait pas disparaître. Il s'agit de la distinction entre l'obligation de couverture et de règlement : toutes les créances nées pendant le temps couvert par le statut collectif doivent être réglées même postérieurement à la disparition de ce statut. Pour autant, l'avantage n'est pas acquis puisque le salarié n'en a pas bénéficié avant la dénonciation ou la mise en cause.

accordant le bénéfice d'une heure d'entraînement physique quotidien a une nature collective ; il s'ensuit qu'elle ne constitue pas un avantage individuel acquis »

¹¹²³ Y. Aubree « *Le concept légal "d'avantage individuel acquis"*. Hypothèse de la mise en cause du statut conventionnel de l'entreprise cédée » RJS 2000 p.699s.

¹¹²⁴ Cass. soc., 5 novembre 2014 pourvoi n°13-14077

¹¹²⁵ Cass. soc., 13 mars 2001, RJS 2001 p.621

¹¹²⁶ Cass. soc., 18 mars 2009 pourvoi n° 07-43324

¹¹²⁷ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.33

¹¹²⁸ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.34

β - L'incorporation des avantages individuels acquis

- 391. *La nature contractuelle de l'avantage individuel acquis.*** « La disparition de l'accord collectif non remplacé dans le délai de survie d'effet légal ou conventionnel par un autre accord collectif aura pour conséquence de modifier la nature juridique de l'avantage individuel acquis, lequel par sa nature extra-contractuelle quand il est porté par l'accord collectif deviendra contractuel après la disparition définitive de l'accord collectif »¹¹²⁹. Par l'effet de la loi, l'avantage collectif s'incorpore automatiquement au contrat de travail qui s'en trouve modifié sans que les parties n'aient eu à donner leur accord exprès. La force obligatoire du contrat de travail est atteinte, même si cette atteinte a une finalité protectionniste et compensatrice. Il s'agit d'un forçage du contrat de travail¹¹³⁰, qui n'était pourtant pas sous-entendu par la loi qui ne parle que d'une conservation des avantages, sans préciser les modalités de cette conservation. Les juges ont opéré par élimination : l'accord est mort, vive le contrat.
- 392. *Le « mystère »¹¹³¹ des avantages individuels acquis.*** Le forçage du contrat individuel de travail a un effet contraire à ce que tente d'obtenir le législateur depuis plusieurs années : la flexibilité du statut collectif. Les avantages ainsi incorporés souffrent de l'intangibilité applicable au contrat en raison de sa force obligatoire. « Il convient de restituer aux avantages maintenus leur véritable nature et d'admettre qu'ils ne peuvent être assimilés ni à une convention collective ni à un contrat individuel de travail. Ce maintien est donc un effet de la loi qui peut et doit en déterminer les modalités d'évolution »¹¹³². Afin de limiter l'étendue des avantages individuels acquis, le Professeur Cesaro propose d'en limiter l'application aux avantages collectifs concernant la rémunération touchée par le salarié¹¹³³. Cette proposition a été adoptée par le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016. Il modifie les articles L.2261-13 et L.2261-14 en prévoyant que les salariés « conservent une rémunération en application de la convention ou de l'accord dénoncés [ou mis en cause] dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur

¹¹²⁹ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » Dr. soc. 2009 p.900

¹¹³⁰ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.49

¹¹³¹ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.3

¹¹³² J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.49

¹¹³³ J-F. Cesaro « *Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* », Rapport au Gouvernement, 2016, p.46s.

contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois. Cette rémunération s'entend au sens des dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, à l'exception de la première phrase de son deuxième alinéa ». La contractualisation des avantages n'est toujours pas expressément envisagée. Toutefois, s'agissant de la rémunération, il semble peu probable que les juges concluent à l'absence de contractualisation.

2- L'incorporation judiciaire

393. *La réduction.* Les juges, face à une clause du contrat de travail qui ne respecte pas les dispositions conventionnelles, ne procèdent pas toujours à une substitution de la clause la moins favorable par la clause la plus favorable. Ils recourent à la technique de la réduction pour mettre la clause du contrat de travail en conformité avec les dispositions conventionnelles¹¹³⁴. Cette mise en conformité, si elle « emporte immédiatement les mêmes conséquences qu'une substitution, les effets en sont, à terme, diamétralement opposés »¹¹³⁵. La clause du contrat de travail est définitivement modifiée et n'évoluera pas au rythme de la convention collective. L'incorporation de la norme collective dans le contrat individuel est ponctuelle et n'empêche pas les normes d'évoluer de manière autonome.

394. *La modification.* La Cour de cassation semble également « consacrer la contractualisation de certaines clauses de l'accord collectif par l'exécution du contrat, aux conditions de la norme conventionnelle »¹¹³⁶. Une salariée avait touché pendant neuf ans une prime prévue par une convention collective en contrepartie des astreintes effectuées. Son employeur souhaitait changer son lieu de travail, ce qu'elle a refusé car cela la conduisait à ne plus toucher ladite prime. La Cour de cassation juge que la mutation entraînait une modification de son contrat de travail en raison de la perte de la prime¹¹³⁷. Elle opère ainsi une contractualisation tacite des dispositions conventionnelles pour les clauses ayant un caractère rémunérateur. Selon certains auteurs, cette interprétation de l'arrêt « rendrait totalement inutile de se référer au concept d'avantages acquis à titre individuel »¹¹³⁸. Pourtant, le mécanisme des avantages individuels acquis n'a vocation à s'appliquer

¹¹³⁴ Cass. soc. 15 février 1995, n° 766 D, Genay c/ Caisse régionale de crédit agricole des Vosges, cité dans RJS 1998 n°730

¹¹³⁵ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.86

¹¹³⁶ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » Dr. soc. 2009 p.900

¹¹³⁷ Cass. soc., 19 juin 2008 pourvoi n° **07-41282**

¹¹³⁸ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » Dr. soc. 2009 p.900

qu'envers la collectivité de travail à laquelle les accords et conventions s'appliquaient. Cet arrêt va plus loin puisqu'il contractualise un avantage perdu par un salarié en raison de l'exercice par l'employeur de son pouvoir individuel de direction. Il faut espérer que cette atteinte à l'autonomie des sources reste marginale, sinon quoi « cela signifierait que la contractualisation de l'accord collectif deviendrait pratiquement inévitable »¹¹³⁹, et paralyserait l'évolution du statut collectif applicable dans l'entreprise.

B) L'incorporation consentie

395. L'accord donné par le salarié à l'incorporation du statut collectif dans son contrat de travail requiert une étude différente selon qu'il s'agisse du droit du travail (1) ou du droit de la protection sociale (2).

1- Le droit du travail

396. *Le consentement initial.* En acceptant de conclure un contrat de travail avec son employeur, le salarié accepte implicitement l'application à ses relations de travail du statut collectif. Il peut néanmoins individualiser, dans la limite de l'égalité de traitement¹¹⁴⁰, ses relations avec son employeur afin de bénéficier d'avantages supplémentaires. Il peut également négocier une incorporation de certains avantages collectifs dans son contrat de travail. Au Royaume-Uni, cette application est quasiment systématique. La convention collective ne domine pas le contrat de travail. Elle n'a pas de force obligatoire dans les relations individuelles des salariés et de leur employeur à moins d'avoir été incorporée au contrat de travail au moment de sa conclusion. Dès lors que les dispositions ont été incorporées au contrat de travail, l'extinction de la convention collective n'a pas d'effet dans les relations individuelles. Le contrat individuel prédomine¹¹⁴¹.

397. *Le consentement modificateur.* Une convention collective ne peut pas donner à l'employeur la possibilité de modifier le contrat de travail du salarié sans son accord. A contrario, lorsque le salarié donne son accord exprès à l'application de la norme collective moins favorable à son contrat de travail, le contrat de travail est modifié. Il va incorporer la disposition particulière que l'employeur souhaitait appliquer au salarié. Cela ne signifie pas que toute la norme collective de laquelle la disposition est issue est intégrée au contrat

¹¹³⁹ Ibid.

¹¹⁴⁰ Voir infra n°118s.

¹¹⁴¹ S. Hardy « *Labour law in Great Britain* » Wolters Kuler, 5^e ed. P.113

de travail, et cela ne signifie pas non plus que la norme collective souffre de l'intangibilité applicable au contrat de travail. Seule la disposition particulière à laquelle le salarié a consenti va relever de la force obligatoire du contrat de travail. Ce n'est pas la norme collective qui est atteinte par l'incorporation au contrat de travail, c'est seulement le contrat de travail qui est modifié pour se calquer sur cette norme. De cette manière, les règles de l'autonomie et de la non-incorporation des normes ne sont pas atteintes puisque les parties gardent toujours le pouvoir de modifier le contrat de travail.

2- Le droit de la protection sociale

398. *Le consentement modificateur.* Le droit de la protection sociale connaît un domaine consacré à la protection sociale complémentaire. Il s'agit de mettre en place au sein de l'entreprise un régime assurantiel complétant ceux gérés par la Sécurité sociale et les régimes de retraite complémentaires AGIRC et ARRCO. Ces régimes ont vocation à couvrir le « risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière »¹¹⁴². Ils sont mis en place soit par un accord ou une convention collective, soit par accord référendaire, soit par décision unilatérale de l'employeur¹¹⁴³. Les conventions et accords collectifs mettant en place un régime de protection sociale complémentaire sont régis par les dispositions du Code du travail applicables à la négociation collective¹¹⁴⁴. Ils sont directement opposables aux salariés, et s'ils ne prévoient pas pour eux de faculté de dispense, ils ne peuvent pas renoncer au régime établi. En revanche, lorsque le régime est établi par un engagement unilatéral de l'employeur, les salariés qui étaient employés dans l'entreprise avant la mise en place du système de garanties collectives ne peuvent pas être contraints de cotiser contre le gré à ce système¹¹⁴⁵. Ils doivent donc donner leur accord exprès à l'application du régime de protection sociale complémentaire. Certains auteurs¹¹⁴⁶ assimilent ce principe à la force obligatoire du contrat de travail. Puisque la cotisation modifie de manière défavorable la rémunération des salariés employés dans l'entreprise, il

¹¹⁴² CSS art., L.911-2

¹¹⁴³ CSS art., L.911-1

¹¹⁴⁴ CSS art., L.911-3

¹¹⁴⁵ Art. 11 loi n°89-1009 du 31 décembre 1989

¹¹⁴⁶ Y. Saint-Jour, *L'article 11 de la loi Evin s'applique aux salariés dont les contrats ont été repris à l'occasion d'une absorption*, JCP E 1996 n°II 22693 ; P. Laigre, J. Barthélémy, *La loi prévoyance*, JCP E 1990 n° I 3445

est normal que ceux-ci aient à donner leur accord exprès afin de se voir appliquer un tel régime. Toutefois, cette explication n'est pas satisfaisante. Un régime instauré par un accord ou une convention collective modifie tout autant la rémunération qu'un régime instauré par engagement unilatéral de l'employeur. L'application automatique du régime négocié se justifie soit par son caractère plus favorable pour les salariés, soit par l'impérieux motif d'intérêt général qu'il porte. Il est difficile de comprendre en quoi un même régime instauré par un engagement unilatéral n'est pas aussi favorable ou motivé par un impérieux motif d'intérêt général qu'un régime établi par accord collectif ou référendaire. Le législateur de la loi du 31 décembre 1989 semble avoir été motivé par un souci de légitimité, puisqu'il admet l'opposabilité directe de la norme négociée ou approuvée par référendum, et non de la norme unilatérale. Il apparaît alors que la possibilité offerte au salarié de refuser l'application du régime de protection sociale complémentaire ne soit pas justifiée par la protection de la force obligatoire du contrat de travail.

399. *Le consentement initial.* Cela se vérifie notamment par le fait que le salarié employé postérieurement à la mise en place de ce régime par engagement unilatéral ne peut pas s'opposer à son application à son contrat de travail. Si un tel dispositif est incorporé au contrat de travail des salariés présents antérieurement, cela signifie-t-il que le dispositif est incorporé de plein droit aux contrats de travail des nouveaux employés ? Cette solution semble à écarter, d'autant qu'il n'est fait nullement allusion à l'intangibilité du régime de protection sociale complémentaire. L'employeur garde la possibilité de dénoncer son engagement unilatéral et de lui substituer de nouvelles dispositions sans que les salariés n'aient à donner leur accord exprès, surtout si ces nouvelles dispositions sont portées par un accord collectif. Il apparaît qu'il faille détacher le jeu de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1989 du jeu de la force obligatoire du contrat de travail.

§2. L'incorporation dans les obligations contractuelles

400. Si le statut collectif bénéficie d'une autonomie par rapport au contrat de travail, il ne peut être nié qu'il doit être exécuté par l'employeur au profit du salarié. L'étude du régime de cette exécution (I) éclaire sur le fondement de cette exécution obligatoire (II).

I. Le régime de l'exécution du statut collectif

- 401. *L'exécution.*** « L'application de la convention collective concerne la relation de travail et non, comme le texte semble le prévoir, les contrats de travail »¹¹⁴⁷. La force obligatoire des normes collectives trouve application au sein de la relation de travail. Le statut collectif de l'entreprise doit être exécuté par l'employeur et par le salarié. Les usages et engagements unilatéraux sont rattachés au pouvoir réglementaire de l'employeur, et les accords et convention collectifs sont considérés comme des contrats au stade de leur formation, et des règlements au stade de leur exécution. Pour autant, cette exécution s'inscrit dans un cadre contractuel, même si elle n'est pas le fruit de la négociation entre les parties. Le statut collectif ajoute, à la manière d'une loi, du contenu obligationnel aux relations de travail entre employeur et salarié. Il régit les règles relatives à la formation, l'exécution et l'extinction du contrat de travail. Ainsi, l'employeur doit faire bénéficier au salarié des primes conventionnelles, doit classer le salarié selon les classifications opérées par la convention collective applicable dans l'entreprise, doit calculer l'indemnité de licenciement conformément à ses dispositions. Les normes collectives pallient l'absence de prévision des parties dans le contrat de travail, qui s'apparente davantage à un contrat d'adhésion au statut collectif applicable dans l'entreprise.
- 402. *L'inexécution.*** S'inscrivant dans l'exécution du contrat, l'exécution du statut collectif reçoit le régime contractuel. Ainsi, les sanctions de l'inexécution du contrat de travail sont transposées en cas d'inexécution d'une norme collective. La Cour de cassation admet que le salarié, dont l'employeur ne respecte pas les dispositions que la convention collective applicable dans l'entreprise prévoit à son égard, puisse prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Elle juge notamment au visa de l'article 1134 du Code civil que l'employeur qui ne respecte pas les classifications prévues par la convention collective qui lui est applicable commet un manquement suffisamment grave empêchant le maintien du contrat de travail et justifiant la prise d'acte de ce contrat par le salarié¹¹⁴⁸. Le salarié est également fondé à prendre acte de la rupture de son contrat de travail lorsque son employeur ne le fait pas bénéficier d'une rémunération complémentaire lors de son arrêt de travail pour cause de maladie¹¹⁴⁹. L'inexécution du statut collectif a un impact direct sur le maintien du contrat de travail. L'inexécution du statut collectif et l'inexécution du

¹¹⁴⁷ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.192

¹¹⁴⁸ Cass. soc., 31 mars 2016 pourvoi n° 14-21461 ; Cass. soc., 9 juillet 2014 pourvoi n° 13-18348

¹¹⁴⁹ Cass. soc., 12 décembre 2012 pourvoi n° 10-26324

contrat de travail entraînent les mêmes sanctions, elles sont régies par le même régime contractuel.

II. Le fondement de l'exécution du statut collectif

403. *Le fondement subjectif.* Les dispositions du statut collectif intègrent les obligations de l'employeur et du salarié. Cette intégration peut être expliquée par le consentement du salarié à adhérer au statut collectif applicable dans l'entreprise. Le consentement est un des fondements de la force obligatoire du contrat, il explique pourquoi et dans quelle mesure une personne s'oblige envers une autre. Cette théorie trouve son équilibre entre la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle des relations de travail : le contrat de travail (caractérisé par le consentement du salarié) justifie l'application de normes collectives autonomes et indépendantes à ce contrat mais auxquelles les cocontractants s'obligent implicitement. La Cour de cassation juge d'ailleurs que l'employeur ne peut mettre des obligations conventionnelles à la charge du salarié que s'il « a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et a été mis en mesure d'en prendre connaissance »¹¹⁵⁰. Le salarié ne peut consentir de manière libre et éclairée que s'il a connaissance de la mesure de son engagement. Cela suppose toutefois une aliénation des droits postérieurement à la conclusion du contrat. Afin de préserver l'autonomie des sources, le consentement du salarié ne peut pas être demandé chaque fois que le statut collectif est modifié. Le consentement est donné définitivement pour l'application de toutes les normes collectives, indépendamment de leur contenu. Cependant, cette théorie pourrait conduire à présumer que la clause conventionnelle a « été intégrée au champ contractuel individuel »¹¹⁵¹.

404. *Le fondement objectif.* Parallèlement, il a pu être affirmé qu'en raison de leur effet automatique, les conventions et accords collectifs « s'appliquent aux contrats individuels, aux rapports d'emploi et aux relations de travail de façon plus générale sans besoin d'aucune médiation, en particulier, la volonté des parties aux contrats est indifférente »¹¹⁵². L'exécution obligatoire du statut collectif par les parties au contrat n'aurait donc pas besoin de la médiation du consentement de ces parties. Le statut collectif s'applique parce

¹¹⁵⁰ Cass. soc., 8 janvier 1997 pourvoi n° 93-44.009

¹¹⁵¹ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

¹¹⁵² A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « *L'ordonnancement des relations de travail* » D. 1998 p.359

que la loi l'a voulu. Contrairement aux systèmes dans lesquels les avantages conventionnels ne sont offerts qu'aux adhérents des syndicats signataires et où le fondement de l'effet impératif des accords relève de la « discipline syndicale », l'effet impératif des accords et conventions n'a, en France « d'autre fondement que celui de l'article L.2254-1 »¹¹⁵³. Or, il est admis par l'article 1135 du Code civil que le contrat oblige à ce qu'il exprime, mais aussi aux suites que la loi lui donne. Le vecteur d'application du statut collectif pourrait donc résulter de l'article 1135 du Code civil, ce qui entraînerait un forçage du contenu obligationnel du contrat. Cela ne signifie pas que le statut collectif perd de son autonomie, ni que son contenu est incorporé à celui du contrat de travail. L'article 1135 du Code civil justifie l'application des normes spéciales à chaque contrat spécial et il n'est pas mentionné que cela entraîne incorporation de ces normes dans la norme contractuelle. Cela signifie cependant que le statut collectif reçoit le même régime que le contrat de travail. A ce titre, il convient de rappeler que l'inexécution du statut collectif entraîne les mêmes sanctions que l'inexécution du contrat de travail. Une atteinte à la force obligatoire du contrat de travail pourrait-elle résulter d'une inexécution du statut collectif ? En tout état de cause, les normes collectives et individuelles restent autonomes. En l'absence d'intégration, il faut articuler leur application respective.

Sous-Section II : L'articulation des normes collectives et des normes individuelles

405. En principe, tous les contrats ont la même valeur hiérarchique¹¹⁵⁴. Toutefois, en droit du travail, les accords et conventions collectifs ont une nature hybride particulière. Contrat au stade de la formation, règlement au stade de l'exécution, les conventions et accords collectifs ne peuvent pas recevoir la même valeur hiérarchique que le contrat de travail, sinon quoi leur opposabilité automatique ne se justifierait pas. Parallèlement, entrent en jeu les normes spéciales : usages, engagements unilatéraux et accords atypiques, qu'il va également falloir articuler avec les contrats collectifs et individuels. Se pose alors la question de la force des normes en droit du travail (§1), et de leur capacité à soumettre les unes aux autres. Au sein de ce statut collectif, le contrat de travail représente un élément

¹¹⁵³ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

¹¹⁵⁴ Ils tirent en effet tous leur validité de la loi, E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » *Economica*, 2008 p.84

de résistance du salarié. Pour autant, sa force obligatoire peut être atteinte par ce jeu d'articulation (§2).

§1. La force des normes en droit du travail

406. Selon un principe traditionnel de hiérarchie des normes, la norme inférieure tire sa validité de la norme supérieure. Dans le jeu de l'articulation des normes, la norme à la supériorité hiérarchique s'applique en priorité (I). En droit du travail, ce principe est quelque peu bouleversé par l'affirmation d'un principe de faveur qui veut la norme applicable soit en principe la plus favorable au salarié¹¹⁵⁵ (II).

I. Le principe hiérarchique

407. L'articulation entre les normes collectives et le contrat de travail est différente, d'un point de vue hiérarchique, selon qu'il s'agisse d'une norme conventionnelle (A) ou unilatérale (B).

A) Contrat de travail et norme conventionnelle

408. *La supériorité de la convention collective.* La convention collective a un caractère normatif erga omnes. Elle s'applique non seulement aux parties qui l'ont établie mais également à ses destinataires, les salariés. De cette normativité erga omnes découle un caractère impératif sur les contrats de travail. C'est la loi du 25 mars 1919 qui, dans un souci d'unification, met en place la suprématie de la convention collective sur le contrat de travail. Les clauses du contrat de travail qui sont contraires à celles de la convention collective sont déclarées non-écrites et sont écartées au profit de l'application de la convention. Désormais, ce principe se trouve à l'article L.2254-1 du Code du travail selon lequel « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ». Le contrat de travail est donc subordonné hiérarchiquement à la convention collective. Ses dispositions doivent respecter celles de la convention, sinon quoi il n'est pas « légalement formé ». Ainsi, « la clause de non-concurrence prévue au contrat de travail ne peut valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié

¹¹⁵⁵ L'étude ne portant que sur le contrat de travail, les règles relatives à l'articulation entre les normes collectives elles-mêmes ou les normes collectives et la loi ne seront pas étudiées. Sur ce point, v. not. A. Sayn « *L'articulation de la norme légale et les conventions et accords collectifs de travail* » Mémoire, 2016.

que celles résultant de la convention collective applicable »¹¹⁵⁶. L'effet impératif de la convention ou de l'accord collectif entraîne au surplus l'impossibilité pour le salarié et l'employeur de renoncer à son application¹¹⁵⁷. La convention collective a également un effet immédiat : elle s'applique à tous les contrats de travail en cours au moment de sa conclusion et de son exécution¹¹⁵⁸.

409. La sanction de la supériorité de la convention collective. En raison de la supériorité hiérarchique de la convention collective, les clauses du contrat de travail qui ne sont pas plus favorables au salarié et qui lui sont contraires sont écartées le temps de son application. Cette sanction est exceptionnelle par rapport au droit commun des contrats¹¹⁵⁹ qui prodigue la nullité du contrat qui ne respecte pas la norme supérieure. En effet, pour recevoir force obligatoire, le contrat doit être « légalement formé »¹¹⁶⁰. Dans le cas contraire, le contrat ne remplit pas les conditions de validité et est donc nul¹¹⁶¹. En droit du travail, le Cour de cassation refuse en principe de prononcer la nullité du contrat de travail qui ne respecte pas les dispositions de la convention collective qui lui est applicable. « La solution ainsi retenue démontre l'autorité particulière de la convention collective qui ne s'impose pas au contrat de travail avec la même force qu'une loi »¹¹⁶².

B) Contrat de travail et normes unilatérales

410. Règlement intérieur. Selon certains auteurs, le règlement intérieur dispose de « la position la plus basse » dans la hiérarchie des normes. Cependant, il s'impose à tous les salariés en raison du pouvoir de direction de l'employeur qui « s'exprime par voie de disposition générale et permanente »¹¹⁶³. Le règlement intérieur est un acte réglementaire de droit privé¹¹⁶⁴, qui s'impose tant aux salariés qu'à l'employeur qui l'édicte. La nature

¹¹⁵⁶ Cass. soc., 12 octobre 2011 pourvoi n°09-43155, N. Léger « *Clause de non-concurrence plus contraignante que la convention collective : rappel de la hiérarchie des normes* » JCP S 2011 p.402

¹¹⁵⁷ Cass. soc., 3 mars 1988, Bull. civ. V n°161 ; Adde J-F. Cesaro, note sous Cass. soc., 14 septembre 2005 pourvoi n°03-43990, JCP S 2005 p.1318, La renonciation du salarié à ses primes à l'occasion de son passage à temps partiel est sans effet.

¹¹⁵⁸ G. Auzero, E. Dockès, « *Droit du travail* », Dalloz, 28è ed. p.1360

¹¹⁵⁹ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.85s.

¹¹⁶⁰ Article 1134 du Code civil, et article 6 du même code : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹¹⁶¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13è ed. p.157 : « *Est nul le contrat qui n'est pas valablement formé* ». Reprenant ce principe jurisprudentiel, l'article 1178 du Code civil disposera dès le 1^{er} octobre 2016 qu'« *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* ».

¹¹⁶² E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.86

¹¹⁶³ G. Auzero, E. Dockès, « *Droit du travail* », Dalloz, 28è ed. p.759

¹¹⁶⁴ Cass. soc. 25 septembre 1991 pourvoi n°87-42396 : « *Attendu que le règlement intérieur dont l'établissement est obligatoire et par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la*

règlementaire du règlement intérieur peut donner à « considérer qu'il possède une autorité hiérarchique supérieure à celle du contrat individuel »¹¹⁶⁵.

411. Sources atypiques. Le contrat de travail ne résiste pas non plus aux usages et aux engagements unilatéraux de l'employeur. Le salarié ne peut pas renoncer à leur application qui est inévitable sauf si le contrat de travail prévoit une disposition plus favorable pour le salarié¹¹⁶⁶. « L'application de la source atypique sur le contrat de travail est alors similaire à celle de la convention collective. Le contrat de travail se trouve dans la même position hiérarchique envers la source atypique qu'envers la convention collective »¹¹⁶⁷.

II. Le principe de faveur

412. La création de la norme. Le principe de faveur a des effets au stade de la création de la norme et de l'application de la norme. Au stade de la création de la norme, il permet de déroger au principe hiérarchique qui voudrait que les dispositions de la norme inférieure ne dérogent pas aux dispositions de la norme supérieure, en ce sens, si la norme inférieure déroge dans un sens plus favorable au salarié à la norme supérieure, cela n'affecte pas sa validité¹¹⁶⁸. Il est fait exception des règles d'ordre public absolu¹¹⁶⁹ auxquelles aucune norme ne peut déroger. Le Conseil d'Etat en fait un « principe général du droit du travail »¹¹⁷⁰. Ainsi, sous réserve de l'ordre public absolu, le contrat de travail peut valablement déroger dans un sens plus favorable à la norme qui lui est supérieure.

413. L'application de la norme. Le principe de faveur est avant tout une règle de concours¹¹⁷¹. Tout cumul des avantages ayant la même cause et le même objet¹¹⁷² et issus de normes

réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise et les règles générales relatives à la discipline et énonce les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé »

¹¹⁶⁵ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.90

¹¹⁶⁶ Cass. soc., 18 octobre 2006, pourvoi n°04-44602, note A. Mazeaud Dr. soc. 2007 p.108-109

¹¹⁶⁷ E. Jeansen « *L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail* » Economica, 2008 p.91

¹¹⁶⁸ Ibid. p.103

¹¹⁶⁹ C. trav. art., L.2251-1 « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public absolu* ».

¹¹⁷⁰ CE Ass. Avis 22 mars 1973, Dr. soc. 1973. 514.

¹¹⁷¹ Le 56° de l'article 1^{er} du projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protection pour les entreprises et les actifs dispose qu'« en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique aux salariés si la loi n'en dispose pas autrement ». La place du principe de faveur dans le projet de loi démontre son importance primordiale en droit du travail.

¹¹⁷² Cette jurisprudence a-t-elle vocation à disparaître avec la disparition de l'objet et de la cause des contrats au 1^{er} octobre 2016 ? Il faut en douter. Au demeurant, si la Cour de cassation prenait le parti d'éliminer la cause et l'objet des avantages, elle les remplacerait aisément par les notions de contenu et de but.

distinctes étant exclu, il convient d'appliquer l'avantage le plus favorable au salarié¹¹⁷³. Cette solution a été consacrée et érigée en un « principe fondamental du droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »¹¹⁷⁴. La Cour de cassation fait une application concrète du principe de faveur en étudiant la cause et l'objet de chaque avantage afin de déterminer s'ils peuvent ou non se cumuler. La distinction entre la cause et l'objet est parfois complexe, il faut envisager la cause et l'objet de chaque avantage même s'il ne s'agit que d'avantages de rémunération¹¹⁷⁵. La Cour de cassation a pu ainsi juger qu'un salaire contractuel payable en treize fois ne se cumulait pas avec une prime conventionnelle de treizième mois qui n'avait pas les mêmes modalités de paiement. De la même manière, les congés de récupération offerts au salarié en compensation des heures effectuées au-delà de la limite légale ne se confondent pas avec les congés payés¹¹⁷⁶. Il existe une limite à l'étude de la cause et de l'objet dans la détermination de la norme la plus favorable. Lorsqu'il s'agit d'un accord dit « donnant-donnant », la Cour de cassation opère une appréciation « semi-analytique ». Un même accord prévoit un avantage : le maintien des emplois, et un inconvénient en contrepartie : la réduction d'une prime prévue par un second accord que les parties signataires entendaient réviser. Toutefois, ne remplissant pas les conditions nécessaires à la révision, le nouvel accord est venu se cumuler au premier. Les salariés demandaient l'application de l'avantage de maintien dans l'emploi et de la totalité de la prime prévue dans l'ancien accord, cet avantage ayant le même objet et la même cause que la prime prévue dans le nouvel accord, il ne pouvait s'y cumuler. La Cour de cassation répond « que la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux »¹¹⁷⁷. Dès lors que la cause de la réduction de la prime était le maintien des salariés dans leur emploi, il convenait de comparer l'ancienne prime avec la nouvelle prime accompagnée de la limitation des licenciements. Cette jurisprudence est néanmoins écartée aujourd'hui en ce qui concerne les accords de maintien dans l'emploi puisqu'un régime légal a été mis en place par la loi du 21 juin 2013, et qui prévoit la substitution des clauses de l'accord à celles du contrat de travail, en écartant la problématique du principe de faveur. Une fois que les juges ont déterminé si les avantages pouvaient se cumuler, il convient de

¹¹⁷³ Cass. Ass. Plen., 18 mars 1988 pourvoi n° 84-40.083

¹¹⁷⁴ Cass. soc., 17 juillet 1996 pourvoi n° 95-41.313

¹¹⁷⁵ Cass. soc., 9 mars 2011 pourvoi n°09-42808, L.Drai JCP S 2011 p.1343

¹¹⁷⁶ Cass. soc., 17 février 2010 pourvoi n°08-44589, Note A. Martinon JCP S 2010 p.1201

¹¹⁷⁷ Cass. soc., 19 février 1997 pourvoi n°94-45286

déterminer lequel d'entre eux est le plus favorable. Lorsque l'avantage a une finalité individuelle, tel qu'un avantage prévu par un contrat individuel de travail, la détermination de l'avantage le plus favorable doit se faire eu égard au salarié destinataire. En revanche, lorsque l'avantage a une finalité collective, « la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux »¹¹⁷⁸. Reste à savoir ce qu'il advient des avantages moins favorables en cas de concours de normes.

§2. La force du contrat de travail

- 414.** Lorsqu'une norme collective vient supplanter la norme individuelle, elle s'y substitue (I). Cette substitution a pour effet (II) de porter atteinte à la force obligatoire du contrat de travail, qui suppose qu'il devrait être exécuté conformément à ce que les parties avaient convenu.

I. La substitution des clauses contractuelles

- 415.** Il découle de l'article L.2254-1 du Code du travail que la substitution au contrat de travail des clauses des accords et conventions collectives au salarié est automatique (A) dès lors que ces clauses sont plus favorables aux salariés. Toutefois, la logique d'individualité est de plus en plus dépassée pour faire place à une logique de compétitivité. Il faut permettre, dans l'intérêt général des salariés, de négocier in pejus. La substitution des clauses moins favorables est alors soumise à l'accord des salariés (B).

A) La substitution automatique

- 416. *La substitution plus favorable.*** La formule de l'article L.2254-1 du Code du travail selon laquelle les clauses des conventions et accords collectifs s'appliquent au contrat de travail signifie que « tout en restant extérieurs au contrat de travail, tout en conservant leur caractère extracontractuel, les avantages issus de l'accord collectif profitent à la relation de travail, se substituent aux clauses du contrat de travail moins favorables »¹¹⁷⁹. Cette solution résulte des principes étudiés : la convention et l'accord collectif sont hiérarchiquement supérieures au contrat de travail et ont vocation à s'appliquer immédiatement, n'en déplaçant au principe chronologique, sous réserve du principe de

¹¹⁷⁸ Cass. soc., 4 février 2015 pourvoi n°13-26502

¹¹⁷⁹ M. Morand « *Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail* » Dr. soc. 2009 p.900

faveur. La même solution doit être étendue aux autres normes du statut collectif également supérieure au contrat de travail. La norme collective modifie automatiquement la relation de travail mais non le contrat de travail. Elle lie le salarié et l'employeur par un nouveau lien d'obligation, une nouvelle créance contractuelle qui se substitue à celle qu'ils avaient contractée. Le principe de faveur offre néanmoins un élément de résistance au contrat de travail, la norme collective ne se substitue qu'aux clauses moins favorables. L'hypothèse d'un contrat de travail plus favorable que la norme collective est de moins en moins probable avec le développement du principe d'égalité. L'arrêt Ponsolle oblige les employeurs à prévoir un salaire égal pour tous les salariés exerçant un « travail égal »¹¹⁸⁰. « Le principe d'égalité est la négation même du contrat individuel puisqu'il interdit toute individualisation véritable pour en faire prévaloir une identité de situation modulée sur des seules variables « objectives » c'est-à-dire elles-mêmes identiques pour tous »¹¹⁸¹. Il devient facile à l'employeur d'anticiper le principe de faveur, si tous les salariés bénéficient dans leur contrat individuel des mêmes avantages, il lui suffit de s'arranger pour que ces avantages ne soient jamais supérieurs aux normes collectives¹¹⁸². Il convient donc de relativiser « la capacité de résistance du contrat de travail aux évolutions, parfois violentes, qui peuvent toucher son environnement, et auxquelles les entreprises sont pourtant tenues de s'adapter pour assurer leur pérennité »¹¹⁸³.

417. La substitution moins favorable ? Certaines dispositions du Code du travail permettent à l'employeur d'appliquer à la relation de travail des règles issues du statut collectif indépendamment de leur caractère plus ou moins favorable. En affirmant que la diminution du nombre d'heures en application d'un accord de réduction de durée du travail¹¹⁸⁴ et que la mise en place par accord collectif d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine par un accord collectif¹¹⁸⁵ ne constituent pas une modification du contrat de travail, le législateur a permis la substitution de clauses contractuelles par des clauses conventionnelles qui ne sont pas nécessairement plus favorables aux salariés. Ces mécanismes législatifs sont des mécanismes d'exception¹¹⁸⁶,

¹¹⁸⁰ Voir supra n°118

¹¹⁸¹ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

¹¹⁸² Il se comprend alors pourquoi la Cour de cassation s'assure que l'effet de l'égalité de traitement soit d'assurer à chacun la stipulation contractuelle la plus avantageuse, voir infra n° 118

¹¹⁸³ P. Rozec, « *Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail* » JCP S 2016 p.1152

¹¹⁸⁴ C. trav. art., L.1222-7

¹¹⁸⁵ C. trav. art., L.3122-6

¹¹⁸⁶ A. Jeammaud « *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail* » RDT 2016 p.228

dont l'absence de légitimation par le principe de faveur se comprend « dès lors qu'une recherche de la stipulation la plus favorable n'a plus de sens en présence d'un accord dont la finalité n'est pas de mettre en place un avantage »¹¹⁸⁷. Toujours est-il que le contrat de travail se voit substituer des dispositions conventionnelles que le salarié n'aurait peut-être pas acceptées à son entrée dans l'entreprise. L'article L.1222-8 du Code du travail laisse entrevoir une possible résistance du salarié, qui, s'il refuse la « modification » ainsi opérée de son contrat de travail, est licencié pour une cause réelle et sérieuse. Il faut en déduire que la substitution de la durée du travail contractuelle en application d'un accord collectif de diminution du temps de travail est automatique, mais que le refus du salarié peut intervenir postérieurement à la déclaration de l'employeur de changer les conditions de travail. Le dispositif diffère des dispositifs qui intègrent l'accord du salarié.

B) La substitution consentie

418. Le consentement du salarié à la substitution des clauses de son contrat de travail est requis en cas de mise en œuvre d'accords de flexibilité mis en place par la loi LSE du 21 juin 2013. Il convient d'étudier le contenu de ces dispositifs (1) et leur fondement (2).

1- Le contenu du mécanisme de substitution consentie

419. *L'accord collectif.* La loi du 21 juin 2013 a créé deux accords collectifs au contenu original : les accords de maintien dans l'emploi et les accords de mobilité interne. L'accord de maintien dans l'emploi est un accord collectif conclu, en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise, par les syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés aux dernières élections du comité d'entreprise ou à défaut des représentants du personnel, afin d'aménager la rémunération et/ou la durée du travail des salariés en contrepartie de l'engagement de l'employeur de maintenir les emplois durant la durée des accords¹¹⁸⁸. L'accord de mobilité interne est un accord collectif de droit commun conclu à l'issue de la négociation triennale obligatoire dans l'entreprise. Il permet de mettre en place une mobilité des salariés au sein de l'entreprise dans une zone dépassant le secteur géographique des contrats de travail individuels, sous réserve du respect de la vie personnelle et familiale du salarié¹¹⁸⁹. Ces

¹¹⁸⁷ P-H. Antonmattei « *Les nouvelles frontières de la négociation collective* » Dr. soc. 2013 p.241

¹¹⁸⁸ C. trav. art. L.5125-1s.

¹¹⁸⁹ C. trav. art., L.2242-17s.

deux accords ont été instaurés dans le but de permettre plus de flexibilité au sein de l'entreprise. Il est précisément fait état de flexi-sécurité.

420. *L'accord individuel.* La mise en œuvre de chacun de ces accords ne répond pas d'un même régime. Le salarié dispose du pouvoir de refuser l'application à son contrat de travail de l'accord de maintien dans l'emploi, son silence dans un délai d'un mois valant acceptation¹¹⁹⁰. S'il accepte, « les stipulations de l'accord mentionné à [l'article L. 5125-1](#) sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci »¹¹⁹¹. La chronologie est différente s'agissant des accords de mobilité interne. L'article L.2242-19 alinéa 1 du Code du travail prévoit l'information des salariés. L'alinéa 2 précise que « les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-17 et L. 2242-18 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues ». Ensuite seulement, selon l'alinéa 3 du même article : « lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6 ». Contrairement à l'accord de maintien dans l'emploi pour lequel la suspension est subordonnée à l'accord du salarié, les clauses du contrat individuel de travail qui seraient contraires à l'accord de mobilité interne sont suspendues avant que le salarié n'ait pu donner son accord. Cela ne signifie pour autant pas que les stipulations de l'accord de maintien dans l'emploi s'appliquent aux conditions de travail avant que le salarié y ait consenti, cela crée simplement une zone de « non-contrat » entre l'information du salarié et l'expression de sa volonté où ni les stipulations individualisées du contrat de travail qui seraient contraires à l'accord collectif, ni les stipulations de l'accord collectif ne s'appliquent. En tout état de cause, le consentement du salarié à l'application de ces accords entraîne la substitution des clauses de leurs contrats de travail par celles des accords. Le fait qu'ils aient donné leur consentement n'est pour autant pas synonyme

¹¹⁹⁰ C. trav. art., L.5125-2 : « L'accord mentionné à l'article L. 5125-1 détermine les modalités selon lesquelles chaque salarié est informé de son droit d'accepter ou de refuser l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. A défaut, cette information est faite par l'employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception précisant que le salarié dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le salarié, en l'absence de réponse dans ce délai, est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail ».

¹¹⁹¹ C. trav. art., L.5125-2

d'une modification du contrat de travail¹¹⁹². Les « stipulations s'appliquent néanmoins aux contrats, ce qu'il faut comprendre comme impliquant la sujétion des salariés qui ne pourraient prétendre opposer la force obligatoire de leur contrat pour conserver le bénéfice du statut contractuel »¹¹⁹³.

2- Le fondement du mécanisme de substitution consentie

- 421. *Le principe de faveur.*** En principe, la substitution des clauses du contrat de travail par les clauses d'un accord collectif est subordonnée au fait que cet accord soit plus favorable aux salariés. En l'espèce, il est difficile de déterminer lesquelles des dispositions sont plus favorables aux salariés. D'un point de vue individuel, il est certain que l'aménagement de la durée du travail et de la rémunération sont dans tous les cas défavorables aux salariés puisqu'il s'agit de faire face à de graves difficultés économiques dans l'entreprise. De même que l'extension de la zone géographique de travail au-delà du secteur géographique peut être présumée défavorable. En revanche, d'un point de vue collectif, il ne faut pas oublier que ces accords ont pour finalité d'améliorer la compétitivité de l'entreprise et, dans le cas de l'accord de maintien dans l'emploi, de geler les licenciements. « On en vient alors à se demander si le refus du salarié ne devrait pas être entendu ici, comme le fait de se "soustraire à l'accomplissement d'un devoir" »¹¹⁹⁴.
- 422. *Le principe majoritaire.*** Le caractère collectif des accords pourrait ressortir, concernant l'accord de maintien dans l'emploi, de ses conditions de validité. L'accord de maintien dans l'emploi devant être conclu par les syndicats ayant obtenu au moins 50% des voix aux dernières élections professionnelles, il semble davantage légitime à écarter l'individualité des salariés au nom de toute la communauté de travail. Cependant, à aucun moment « le caractère majoritaire de l'accord collectif de maintien dans l'emploi » n'est présenté « comme faisant présumer son caractère plus favorable par rapport au contrat »¹¹⁹⁵. La loi écarte tout simplement le caractère plus ou moins favorable des accords de mobilité interne et de maintien dans l'emploi et légitime la substitution des

¹¹⁹² A. Jeammaud « *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail* » RDT 2016 p.228 : ces règles « n'imposent pas au salarié de subir, par l'effet de l'accord collectif, une modification de ses conditions d'emploi et de travail résultant de son contrat ».

¹¹⁹³ G. Loiseau « *Les accords de maintien dans l'emploi* » JCP S 2013 p.1260

¹¹⁹⁴ G. Borenfreund « *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne* » Dr. soc. 2013 p.316, citant H-K Gaba « *Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome du refus* » Dr. ouvrier 2005 p.242

¹¹⁹⁵ G. Borenfreund « *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne* » Dr. soc. 2013 p.316

clauses du contrat de travail par les leur avec le consentement du salarié. Ce dernier contractualise l'application des accords à son contrat de travail et la suspension de ses clauses qui en découle, faisant ainsi relever cette substitution de la force obligatoire du contrat lui-même.

II. Les effets de la substitution des clauses contractuelles

- 423.** Les mécanismes de substitution des clauses conventionnelles aux clauses contractuelles portent atteinte à la force obligatoire du contrat de travail, que ce soit par la suspension des clauses qui en résulte (A) ou par la révocation du contrat qui peut en résulter (B).

A) La suspension des clauses contractuelles

- 424.** *L'atteinte à la prévision des parties.* Il est souvent fait de la prévision des parties le fondement de la force obligatoire de leur contrat¹¹⁹⁶. C'est pour préserver cette prévision et assurer la sécurité juridique souhaitée par les parties que la loi nouvelle ne peut en principe pas s'appliquer aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur. Ce principe est mis à mal en droit du travail. L'effet impératif immédiat de la norme collective sur le contrat de travail fait obstacle à cette sécurité juridique. Les clauses du contrat de travail sont suspendues jusqu'au terme de la norme collective si elle est à durée déterminée, ou jusqu'à ce que ses dispositions soient moins favorables que celles du contrat individuel. Or, le contrat de travail justifie l'application de tout le statut collectif, qui est bien souvent très prolifique. Il est donc certain que certaines clauses du contrat de travail vont être amenées à être suspendue tout au long de la relation contractuel. Le contrat de travail n'apparaît plus alors comme un acte de prévision puisque les parties ne peuvent pas anticiper le jeu de toutes ces suspensions. C'est pourquoi, selon certains auteurs, « les contrats successifs de longue durée devraient être plutôt des actes de prévisibilité, leur régime pouvant s'accommoder des évolutions nécessaires au bon déroulement à la condition qu'elles répondent à des processus prédéfinis »¹¹⁹⁷.

- 425.** *L'atteinte à l'exécution du contrat.* La suspension des clauses porte certes atteinte à la sécurité juridique qu'est censé instaurer le contrat de travail, mais elle porte avant tout atteinte à l'obligation d'exécuter le contrat de travail. Il découle en premier lieu de la force

¹¹⁹⁶ H. Lécuyer « *Le contrat, acte de prévision* » in « *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F.Terré* », Dalloz 1999 p.643

¹¹⁹⁷ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

obligatoire du contrat de travail que celui-ci doit être exécuté conformément aux stipulations convenues par les parties. Ici, la « force obligatoire est atteinte (en raison de la non-application de ses clauses au profit de celles de l'accord collectif) »¹¹⁹⁸. En matière d'accord de mobilité interne, la suspension des clauses du contrat de travail contraire à l'accord produit des effets originaux. Elle intervient entre l'information du salarié concernant l'existence et le contenu de l'accord et son consentement à l'acceptation de l'accord. Si le salarié n'accepte pas et que l'employeur ne souhaite pas le licencier, la suspension empêche toujours l'exécution du contrat de travail dans ses termes initiaux. Cette suspension touche toutes les clauses du contrat de travail contraires à l'accord de mobilité. La zone de mobilité prévu par l'accord d'étendant au-delà de la « zone géographique d'emploi du salarié »¹¹⁹⁹, la suspension va toucher les clauses relatives au lieu d'exécution du contrat. Il peut s'agir de clauses restrictives, qui avaient contractualisé la clause a priori informative du lieu d'exécution du contrat, de clauses extensives comme la clause de mobilité, ou tout simplement du secteur géographique. En effet, à moins qu'il y ait une totale correspondance entre la zone de mobilité prévue par l'accord collectif et celle prévue par le contrat de travail, toutes les clauses contraires à l'accord sont suspendues, que ces clauses soient explicites ou implicites. En l'absence de contrat applicable, faut-il s'en référer au pouvoir ? Il paraît peu probable que la Cour de cassation admette que l'employeur dispose pleinement du lieu d'exécution du travail en raison de la suspension automatique des clauses du contrat. Il faudrait y préférer un maintien au statut quo. En tout état de cause, l'inexécution du contrat de travail au profit de l'exécution du statut collectif étant légalement justifiée, il n'existe aucun recours pour y mettre un terme. Cela explique peut-être le contenu lacunaire du contrat de travail, dont la force obligatoire a de toute manière vocation à être bafouée au profit de celle du statut collectif.

B) La révocation du contrat

- 426. *Se soumettre ou se démettre de l'entreprise.*** Les mécanismes de demande d'autorisation de substitution des clauses de son contrat de travail au salarié deviennent un prétexte de cause réelle et sérieuse de licenciement. Toutes les hypothèses dans lesquelles la loi semble autoriser le salarié à refuser la substitution (voire la modification puisqu'une incertitude plane pour la réduction du temps de travail), elle fait de ce refus un juste motif

¹¹⁹⁸ P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », RDT 2016 p.240

¹¹⁹⁹ C. trav. Art. L.2242-17

de licenciement¹²⁰⁰. Concernant les accords de mobilité interne et de maintien dans l'emploi, le refus des salariés de se voir appliquer les clauses conventionnelles donne à l'employeur la possibilité de les licencier pour motif économique selon les modalités du licenciement individuel pour motif économique. Concernant l'accord de réduction du temps de travail, l'employeur peut licencier les salariés qui « refusent une modification de leur contrat de travail » pour motif personnel, étant spécifiquement précisé que le licenciement ne repose pas sur un motif économique¹²⁰¹. « En clair, chaque salarié peut refuser l'application de l'accord mais en sachant que son refus lui fait perdre le bénéfice de son emploi et aboutit à son licenciement. L'accord collectif force à cela : se soumettre ou être démis »¹²⁰². Faut-il y voir une nouvelle atteinte implicite à la force obligatoire du contrat de travail ? Il faut garder à l'esprit que la force obligatoire du contrat de travail à durée indéterminée est renforcée par rapport au droit commun relativement à la révocation unilatérale¹²⁰³. Donner à l'employeur un motif de licencier un salarié qui refuse l'application à son contrat de travail d'un accord collectif, c'est redonner à l'employeur la liberté de rompre unilatéralement le contrat, telle qu'elle existe en droit commun des contrats. En droit commun des contrats, « la possibilité pour chaque contractant de mettre fin au contrat lui permet, en fait, d'exiger de l'autre qu'il consente à des modifications sauf à ce que le contrat soit résilié s'il n'y consent pas, ou en le laissant libre d'y mettre fin lui-même »¹²⁰⁴.

427. *Se soumettre ou se démettre de la convention OIT n°158 ?* Cependant, la protection du salarié contre le licenciement est certes inédite par rapport au droit commun mais elle reçoit une consécration internationale. L'article 8 1° de la convention OIT n°158 stipule qu'« un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre ». A sa suite, l'article 9 1° donne aux juges le pouvoir d'examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement. En justifiant le licenciement par la simple conclusion d'un accord collectif,

¹²⁰⁰ C. trav. art., L.1222-8 pour la réduction du temps de travail, L.2242-19 pour l'accord de mobilité interne et L.5125-2 pour les accords de maintien dans l'emploi.

¹²⁰¹ Il fallait en effet éviter de déclencher des plans de sauvegarde de l'emploi à grande échelle.

¹²⁰² G. Loiseau « *Les accords de maintien dans l'emploi* » JCP S 2013 p.1260

¹²⁰³ Voir infra n°160

¹²⁰⁴ P. Ancel, « *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat* », RDT 2016 p.240

le législateur priverait le juge de pouvoir apprécier le juste motif du licenciement¹²⁰⁵. Concernant l'accord de maintien dans l'emploi, cela doit être relativisé car la validité de l'accord est soumise à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise, appréciables par le juge. La justification de l'accord collectif déborde sur celle du licenciement. Dans tous les autres cas, l'accord collectif ne dispose pas de motifs propres de nature à justifier un licenciement. Faut-il en déduire pour autant que la convention n°158 de l'OIT est frontalement violée ? Le salarié garde la possibilité de contester la validité de son licenciement devant le Conseil de Prud'hommes qui, à défaut de pouvoir juger de la cause personnelle ou économique du licenciement, juge de la réunion des conditions légales de validité du licenciement. Face à la multiplication de ces causes sui generis de licenciement, il est permis de douter que la Cour de cassation invalidera ces dispositifs eu égard à la convention n°158 de l'OIT. La multiplication de ces mécanismes démontre que la préoccupation actuelle du législateur n'est plus de protéger le salarié dans son individualité, mais de protéger la communauté de travail de l'entreprise.

Section II : De lege ferenda

428. Le projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016 souhaite étendre le mécanisme applicable aux accords de maintien dans l'emploi (Sous-section I). Il faut néanmoins s'interroger sur la validité d'un tel mécanisme eu égard aux normes fondamentales (Sous-section II).

Sous-section I : La remise en cause de la force obligatoire du contrat de travail

429. Dans le contexte économique actuel, la volonté d'assurer la compétitivité des entreprises (§1), a conduit à remettre en cause de l'articulation des accords collectifs et du contrat de travail, au profit des accords collectifs (§2).

§1. Le fondement de la réforme

430. *Un constat.* Le projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016 constate l'efficacité

¹²⁰⁵ P. Lokiec « *Flexibilité et contrat de travail* » JCP E 2013 p.224, à propos de l'accord de maintien dans l'emploi.

des accords de maintien dans l'emploi conclus par des entreprises appartenant à des groupes tels que Renault, PSA, Michelin, et qui auraient permis de sauvegarder voire de « redresser » la compétitivité des entreprises afin « de gagner de nouveaux marchés et, *in fine* de maintenir l'emploi »¹²⁰⁶. Ce constat ne concerne que les accords de maintien dans l'emploi, « l'accord de mobilité interne n'a que très peu trouvé à s'appliquer depuis 2013. Du côté des entreprises, il est né avec un handicap majeur, celui de ne pouvoir s'appliquer entre différentes entreprises d'un même groupe »¹²⁰⁷. Or, les accords de maintien dans l'emploi ne peuvent être conclus que dans un contexte de graves difficultés économiques conjoncturelles touchant l'entreprise. Notre droit positif ne permet aux entreprises de conclure des accords collectifs qui se substituent aux clauses du contrat de travail pourtant plus favorables que dans des cas limités et exceptionnels.

431. Une volonté. Il faut donc permettre aux entreprises de conclure ces accords dans une logique de croissance ou de développement, et donc indépendamment d'un contexte de restructuration et de difficultés économiques. Pour ce faire, il serait impératif de retirer au salarié le pouvoir de résistance dont il dispose contre l'accord collectif grâce à son contrat individuel de travail. Le contrat de travail est présenté comme un « empêqueur de tourner en rond »¹²⁰⁸, favorisant « la poursuite par les salariés de stratégies individuelles »¹²⁰⁹, afin de permettre à « ces égoïstes, de bloquer l'application d'un accord d'intérêt général, négocié *in pejus* pour mieux protéger les emplois »¹²¹⁰. A croire que la domination économique qui a longtemps été reprochée au contrat de travail a été inversée et que le salarié détient désormais le pouvoir de faire flancher toute l'entreprise avec lui. Dans cette optique, il paraîtrait nécessaire de rétablir « la supériorité de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels »¹²¹¹. C'est pourquoi, Jean-Denis Combrexelle, dans son rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi rendu en septembre 2015 préconise la prévalence des accords collectifs portant sur la préservation de l'emploi sur le contrat de travail, en raison du motif d'intérêt général que cela représente. Il cite à cet égard la

¹²⁰⁶ Projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016, p.349

¹²⁰⁷ P. Rozec, « *Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail* » JCP S 2016 p.1152

¹²⁰⁸ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151

¹²⁰⁹ Projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016, p.350

¹²¹⁰ R. Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* » JCP S 2016 p.1151. Le ton employé par le Professeur Vatinet est ici ironique.

¹²¹¹ P. Lokiec « *Flexibilité et contrat de travail* » JCP E 2013 p.224, à propos de l'accord de maintien dans l'emploi.

décision du Conseil Constitutionnel qui avait accepté, à l'occasion de la loi du 15 mars 2012, que l'accord de modulation du temps de travail prévale sur le contrat de travail au nom d'un motif d'intérêt général.

§2. Le contenu de la réforme

432. Le projet de loi reprend le mécanisme déjà existant pour les accords de maintien dans l'emploi : se soumettre (I) ou se démettre (II).

I. La soumission du contrat de travail

433. *La suspension.* Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs adopté le 14 mai 2016 par l'Assemblée Nationale prévoit d'ajouter au Code du travail un article L.2254-2 disposant que : « lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail. [...] L'accord mentionné au premier alinéa ne peut avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié ». Cette solution ne surprend pas. Déjà, la loi du 21 juin 2013 avait « pour effet, sinon pour objet, d'habituer progressivement les esprits à l'idée qu'une stipulation contractuelle plus favorable ou, plus largement, qu'un élément du socle contractuel ne suffit pas à faire barrage à la norme conventionnelle »¹²¹². L'utilisation du terme de substitution laisse entendre qu'il ne s'agirait pas d'une modification mais d'une suspension des clauses du contrat de travail contraires. Il ne s'agirait que d'une extension des mécanismes d'accord de maintien dans l'emploi déjà utilisés, les clauses du contrat de travail étant suspendues le temps d'application de l'accord.

434. *La modification.* Toutefois, l'alinéa suivant de l'éventuel futur article L.2254-2 du Code du travail précise que « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord ». L'application par l'employeur¹²¹³ de l'accord aurait donc pour effet de modifier le contrat de travail. Les précisions apportées par le

¹²¹² G. Borenfreund « *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne* » Dr. soc. 2013 p.316

¹²¹³ Il semble incertain que cette réforme vienne bousculer à la fois la force obligatoire du contrat de travail et l'autonomie des sources. Ce ne serait donc pas l'accord collectif qui modifierait le contrat de travail mais plutôt les parties au contrat de travail, en appliquant l'accord.

projet de loi concernant cet article ne l'évoquent pas expressément, reprenant le terme de substitution¹²¹⁴. Cependant, dans le même projet, l'intangibilité du contrat de travail est critiquée en ce qu'elle exclut toute modification du contrat dans un sens moins favorable aux salariés. Il est difficile de déterminer si le terme de modification renvoie à la réelle modification juridique du contrat ou s'il est plutôt fait état de la modification de la relation de travail. En effet, le rapport cite ensuite les cas exceptionnels en droit positif de « modification » du contrat dans un sens moins favorable au salarié : l'application d'un accord de réduction du temps de travail, l'application d'un accord de modulation du temps de travail, l'application d'un accord de maintien dans l'emploi et l'application d'un accord de mobilité interne. Or, tel que cela a été évoqué, l'application de ces accords ne modifie pas juridiquement le contrat de travail mais la seule relation de travail. Il conviendrait donc de déterminer plus précisément le régime applicable en l'espèce. Même si les effets à court terme sont identiques, à savoir écarter le contrat de travail au profit d'un accord collectif moins favorable, les effets à long terme sont radicalement opposés : la modification est irrémédiable tandis que la suspension ne joue que le temps de l'application de l'accord. Ces accords étant défavorables aux salariés, et il est difficilement imaginables qu'ils puissent être conclus par les syndicats majoritaires pour une durée indéterminée. Devant prévoir les « objectifs en vue de la préservation ou du développement de l'emploi », ils n'auront forcément vocation à s'appliquer que pour une durée déterminée, peut-être une durée de cinq ans à l'image des accords de maintien dans l'emploi actuels. A l'issue de cette durée, qu'advient-il des clauses du contrat de travail ? Si elles sont modifiées, les salariés ne pourront plus bénéficier de leurs anciens avantages. Seul un nouvel accord collectif pourra leur en faire bénéficier. Le régime des accords collectifs plus favorables étant inchangé, ils ne modifieront pas le contrat de travail dans un sens plus favorable au salarié. Leur application immédiate et automatique n'aura pour effet que de suspendre les clauses moins favorables que l'ancien accord collectif avait permis de modifier. La force obligatoire du contrat de travail ne semble pourtant paradoxalement pas atteinte, puisque le salarié demeurerait en droit de refuser l'application de l'accord à son contrat de travail. La nécessité de recueillir le consentement du salarié pour « la modification » de son contrat de travail laisse penser qu'il s'agirait bel et bien d'un mécanisme de modification juridique du contrat de travail et non des relations

¹²¹⁴ Projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté le 14 mars 2016, p.352 : « *Les stipulations de l'accord majoritaire pourront se substituer, avec l'accord du salarié, aux clauses contraires du contrat, y compris en matière de rémunération et de durée du travail.* »

de travail. Cette modification n'atteindrait pas la rémunération mensuelle du salarié. Cette précision va dans un sens de réduction progressive du socle contractuel autour du noyau dur de la rémunération, à l'instar de ce que prévoit le même projet de loi en matière d'avantages individuels acquis.

II. La révocation du contrat de travail

435. *Le refus du salarié.* « Si l'employeur engage une procédure de licenciement¹²¹⁵ à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au même alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1233-11 à L. 1233-16 et L. 2254-3 applicables au licenciement individuel pour motif économique »¹²¹⁶. Sans surprise, le refus du salarié à la modification de son contrat de travail justifie son licenciement par l'employeur. Il est fait état d'une nouvelle cause de licenciement, sui generis, qui interviendrait suivant les modalités du licenciement pour motif personnel pour motif économique. Ce mécanisme semble amener les mêmes réflexions que le licenciement des salariés qui refuseraient l'application à leur contrat de travail des dispositions des accords de maintien dans l'emploi. Une nuance est à relever toutefois, la validité de l'éventuel futur accord de maintien dans l'emploi n'est pas subordonnée au constat de difficultés économiques dans l'entreprise. Le motif de conclusion de l'accord collectif ne peut donc pas s'étendre au motif de licenciement.

436. *Le refus des salariés.* Le projet de loi présenté initialement le 14 mars 2016 prévoyait que salariés qui refuseraient la modification de leur contrat de travail en application de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi pourraient être licenciés pour cause réelle et sérieuse, dans les conditions applicables au licenciement pour motif personnel. Cette précision engendrait que les licenciements des salariés ne seraient pas pris en compte pour le déclenchement du grand licenciement pour motif économique. En ce sens, l'entreprise qui conclurait un accord de préservation ou de développement de l'emploi en parallèle d'un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des

¹²¹⁵ L'employeur ne serait donc pas obligé d'engager une procédure de licenciement. Logique, cette solution semble pourtant contraire au principe d'égalité de traitement. Certains salariés auraient donc des contrats de travail non modifiés et d'autres non. Cependant, l'égalité de traitement permet aux salariés qui sont traités de manière moins favorable de prétendre aux avantages touchés par les autres salariés. Le refus d'un salarié pourrait faire échec aux accords de préservation de l'emploi, tous les autres salariés se prévalant de ses avantages. L'employeur ne semble en réalité ne pas avoir d'autre choix que le licenciement.

¹²¹⁶ Projet de loi visant à instaurer des nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs voté le 14 mai 2016, C.trav. art., L.2254-2.

compétences, pourrait aisément prévoir la suppression de postes de manière ponctuelle indépendamment d'un motif économique qui aurait justifié un licenciement. Les salariés dont les postes auraient été supprimés et qui refuseraient la modification de leurs fonctions pourront être licenciés. L'employeur pourrait donc éventuellement organiser des restructurations incluant une diminution des effectifs sans mettre en place de plan de sauvegarde de l'emploi et en restant dans le cadre de licenciements pour motif personnel. La nouvelle référence au motif économique semble écarter cette possibilité.

Sous-section II : La revalorisation de la force obligatoire du contrat de travail

437. *La constitutionnalisation de la force obligatoire du contrat.* Il a été affirmé par certains auteurs que le principe de la force obligatoire du contrat pouvait recevoir valeur constitutionnelle. A l'instar de la liberté contractuelle dont la valeur constitutionnelle a été consacrée par le Conseil constitutionnel, la force obligatoire du contrat pourrait être, par rattachement aux articles 6 et 1134 du Code civil, un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà accepté d'apprécier la constitutionnalité de dispositions eu égard à la protection de « l'économie des conventions et contrats légalement conclus »¹²¹⁷. L'interprétation « constructive » des énoncés du bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel pourrait mener à la constitutionnalisation de la force obligatoire des contrats, et de ce fait limiter les atteintes possibles à celle-ci¹²¹⁸.
438. *La relativisation de l'atteinte à la force obligatoire des contrats.* Cette constitutionnalisation ne semble pour autant pas suffisante pour empêcher les accords collectifs de s'appliquer aux clauses plus favorables des contrats de travail. L'atteinte au contrat de travail n'est pas directe, le projet de loi ne semble pas souhaiter une remise en cause de l'autonomie des normes, il donne simplement la possibilité à l'employeur de proposer au salarié une modification juridique de son contrat de travail, sous peine d'un licenciement. La question serait différente si la modification du contrat de travail s'opérait automatiquement en application de l'accord collectif¹²¹⁹, la force obligatoire du contrat de

¹²¹⁷ C. Const. 10 juin 1998 n°98-401 DC

¹²¹⁸ A. Jeammaud « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail » RDT 2016 p.228

¹²¹⁹ P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », RDT 2016 p.240 : « De ce point de vue, il faut souligner que, contrairement à toutes les atteintes à la force obligatoire auxquelles s'intéressent les civilistes, celle dont il est question ici ne

travail serait violée. Il s'agit ici plus d'une atteinte à une idéologie. Alors que l'article 1^{er} du projet de loi est consacré au respect des libertés et droits de la personne au travail, cette même personne est écartée au nom de la communauté quand rentre en jeu des questions économiques. Il faut protéger la personne dans l'entreprise afin qu'elle consente à des sacrifices pour elle. La protection de la personne ne semble plus provenir du contrat individuel de travail mais de la communauté¹²²⁰. Il ne reste plus de la force obligatoire du contrat de travail, que l'obligatoire.

439. Conclusion de partie. Il résulte de la force obligatoire du contrat de travail que celui-ci doit être exécuté par l'employeur et le salarié. Se posent alors les questions de la délimitation des obligations contractuelles à exécuter, et de leur inexécution. S'agissant de la délimitation des obligations contractuelles, il est nécessaire de prendre en considération tout le salarié dans toute sa personne, et de ce fait garder à l'esprit que le régime contractuel peut le suivre au-delà de l'entreprise ; mais il est également nécessaire de prendre en considération le salarié en tant que membre d'une collectivité à laquelle un statut collectif trouve à s'appliquer et qui peut venir moduler le régime contractuel liant individuellement l'employeur et le salarié. La même problématique est transposée s'agissant de l'inexécution de ces obligations. Les parties disposent certes de mécanismes propres pour sanctionner l'inexécution des obligations, mais parfois l'inexécution des obligations contractuelles échappe à leur volonté puisqu'elle est remise dans les mains de la collectivité de travail et de son statut. La force obligatoire du contrat de travail apparaît à la fois assurée, renforcée, tempérée et bousculée.

procéderait ni de la volonté unilatérale d'un cocontractant (ce qui, incontestablement, est le plus directement contraire à l'article 1134), ni d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire laissé au juge du contrat, ni même d'une immixtion directe du législateur dans les contrats en cours, mais d'un accord collectif ».

¹²²⁰ Représentée par les syndicats, comptant pour adhérents en moyenne 7,7% de la totalité des salariés en 2013 selon OECD.stat.

CONCLUSION GENERALE

440. *Les moyens.* Le contrat de travail crée une norme que l'employeur et le salarié doivent respecter. A l'instar du contrat de droit commun, cette norme bénéficie d'une protection particulière. L'intégrité du contrat est protégée contre les extinctions abusives et les modifications unilatérales. L'engagement des parties doit rester tel qu'il a été objectivé dans l'instrument contractuel. Toutefois, la prévision instaurée par le contrat de travail a pu être relativisée. Il s'agirait davantage d'une prévisibilité¹²²¹. Des événements extérieurs aux parties viennent bousculer et altérer la norme contractuelle qui ne peut pas être perméable à la contingence. D'abord parce que l'objet du contrat de travail est la personne du salarié, et que l'Homme est marqué par la contingence. Ensuite parce que le contrat de travail, bien que ne créant qu'un lien individuel avec un employeur, fait intervenir multiples autres acteurs : le juge, les autres salariés de la communauté de travail, l'entreprise... Le juge a un pouvoir grandissant sur le contenu de la norme contractuelle, et l'insertion de l'individuel dans le collectif pose le problème du rayonnement de la force obligatoire du contrat de travail. Via le mécanisme de l'égalité de traitement, un seul contrat de travail peut s'imposer comme le vecteur de plusieurs relations contractuels entre l'employeur et différents salariés. Cette insertion dans la communauté de travail pose également le problème de l'insertion de la norme contractuelle dans la hiérarchie des normes de l'entreprise. La volonté des parties au contrat de travail se confronte aux autres volontés et à l'intérêt de l'entreprise elle-même, qui est une justification à la mutilation du contrat de travail.

441. *La fin.* La volonté des parties n'est donc pas pleinement protégée par la force obligatoire du contrat de travail. Le contrat de travail n'enferme pas la force de ses créateurs. « La prévisibilité, la sécurité que doit garantir le contrat, finalités premières de la force obligatoire, présentent donc une importance particulière pour ce type de contrat – même si on comprend bien qu'il faut la concilier avec une certaine flexibilité pour

¹²²¹ R.Vatinet « *L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail* », JCP S 2016 p.1151

l'entreprise »¹²²². Il ne faut pas oublier que le contrat de travail est conclu dans l'intérêt de l'entreprise, pour participer à la réussite de son activité économique. La volonté des parties est donc biaisée. Plutôt que de renvoyer à leurs propres relations, elles contractent pour un tiers. Il est difficile alors d'éviter toute contingence, la nécessité doit s'adapter à la situation de l'entreprise. La force du contrat est tempérée mais il reste néanmoins obligatoire, et l'obligation qu'il crée est renforcée par rapport à un contrat de droit commun. Les parties disposent de moyens exorbitants pour s'assurer de l'exécution du contrat, l'employeur se fait juge de la force obligatoire du contrat de travail et le salarié peut exercer sur lui des pressions judiciaires et, de plus en plus, unilatérales. Quoiqu'il soit dit, le contrat de travail reste le vecteur des relations contractuelles entre l'employeur et le salarié, il reste la direction, le sens, qu'elles se sont imposées. Il reste leur nécessité.

¹²²² P.Ancel, « *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat* », RDT 2016 p.240

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS

L. Aynès

-*Droit civil, Les obligations, tome 1, Les sources*, Sirey, 2^{ème} édition, 1987

J-L. Aubert

-*Droit civil. Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, 2007, Armand Colin

G. Auzero

-*Droit du travail* Dalloz 2014 28 ed.

A. Bénabent

-*Droit des obligations*, Montchrestien, 13^è ed.

J-F. Cesaro

-*Droit du travail, relations individuelles*, 3^è ed. LexisNexis

F. Chabas

-*Leçons de droit civil, Obligations Théorie générale, T. II*, F.Chabas, 9^è ed

E. Dockès

-*Droit du travail*, Dalloz 2014 28 ed.

E. Demogue

-*Traité des obligations en général, T VI*, Librairie A.Rousseau, 1931

M. Fabre-Magnan

-*Contrats en engagements unilatéraux*, T.1, PUF 2^è et 3^è ed.

B. Fages

-*Droit des obligations*, LGDJ Lextenso éditions, 5^è ed

J. Flour

-*Droit civil. Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, 2007, Armand Colin,

Y. Lequette

-*Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^è édition

P. Lokiec

-*Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, 2011

P. Malaurie

-*Droit civil, Les obligations*, 2^{ème} édition, Yome 1, Les sources, Sirey, 1987 n°246

A. Martinon

-*Droit du travail, Relations Individuelles*, 3^è ed. LexisNexis

H. Mazeaud

-*Leçons de droit civil, Obligations Théorie générale*, T. II, 9^è ed

J-L. Mazeaud

- *Leçons de droit civil, Obligations Théorie générale*, T. II, 9^è ed

J. Rivero

-*Droit du travail*, Thémis ed. 1970

E. Savaux

-*Droit civil. Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, 2007, Armand Colin

J. Savatier

-*Droit du travail*, Thémis ed. 1970 p.491

P. Silmer

-*Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^è édition

F. Terré

-*Droit civil, Les obligations*, précis Dalloz, 10^è édition

B. Teyssié

-*Droit du travail, Relations Individuelles*, 3^è ed. LexisNexis

OUVRAGES SPECIAUX, THESES

L. Aynès

-*La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984,

G. Banc-Jouvan

-*L'après contrat*, Thèse, p.97 n°134

A. Bonardi

-*Remarques sur la nature juridique de la suspension du contrat de travail*, Mémoire, Paris II 2013

F. Bousez

-*Le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers l'employeur qu'en cas de faute lourde* in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B.Teyssié, D.2008 p.118

G. Blanc-Jouvan

-*L'après contrat*, Thèse

J. Carbonnier

-*Introduction dans Cadiet, l'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF

J-F.Cesaro

-*La subordination* » dans « *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B.Teyssié, ed. Panthéon-Assas, 2009

D. Chatard

-*Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, LexisNexis 2013

Cicéron

-*Traité des devoirs, Livre I n°X*,

Demolombe

-XXIV n°384 et s.

G. Duchange

-*Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse 2014, LexisNexis

A. Fabre

-*Le régime du pouvoir de l'employeur*, pref. A.Lyon-Caen, LGDJ 2010

A. Fave

-*Les bases administratives du droit constitutionnel*, Thèse 2016

F. Favennec-Héry

-*La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?*, in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-pierre Laborde*, Dalloz 2015

A-P Fenet

-*Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 6

A. Fouillée

-*La science sociale contemporaine*, 2^{ème} édition, 1885

M. Hauriou

-*Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social* », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, 1925, reproduit in *M. HAURIOU, Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris : Bloud et Gay, 1933

T. Hobbes

-*Elementa Philosophica de Cive*, 1647 : « Homo homini lupus »

E. Dockès

-*Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2008 4^e ed.

-*De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, dans *Analyse juridique et valeurs en droit social – Etudes offertes à J.Pelissier*, Dalloz 2004

E. Jeansen

-*Guide des clauses du contrat de travail*, LexisNexis

-*L'articulation des sources du droit – Essai en droit du travail*, Economica, 2008

H. Juillet-Régis

-*La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse 2015

I. Kant

-*Fondement de la métaphysique des mœurs*, 1785, Traduction par J.Tissot en 1837 édition Lagrange, Section III

H. Kelsen

-*Théorie pure du droit*, LGDJ 2010

J. Lebret

-*Suspension et résolution des contrats*, Rev. crit. de légis. et de JP, 1924

H. Lécuyer

-*Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F.Terré*, Dalloz 1999

P. Lokiec

-*Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse, LGDJ, 2004, T.408

M.A. Marrast

-*La philosophie du droit de Hegel*, 1869

A. Martinon

-*Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz 2005 n°110s.

Y. Pagnerre

-*L'extinction unilatéral des engagements*, Ed. Panthéon-Assas

-*L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, dans *Standards et principes en droit du travail*, dir. B.Teyssié, Economica 2011

-*Guide des clauses du contrat de travail*, LexisNexis

J. Pélissier

-*Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2008 4^e ed.

-*Reflexions à propos de la suspension du contrat de travail*, in *Etudes offertes à André Brun*, Dalloz 1974

I. Pétel

-*Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse Montpellier 1984

Y. Picod

-*Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, p.9

F. Portalis

-*Essai sur l'utilité de la codification*, 1844

Ripert

-*Résumé d'un cours publié en 1932*

Rouhette

-*Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965

P. Rozec

-*Guide des clauses du contrat de travail*, LexisNexis

Sénèque

-*Des Bienfaits, Livre IV n°XXXVI*

A. Supiot

-*Le juge et le droit du travail*, Thèse 1979

G. Viney

-*La responsabilité : conditions*, in *Traité de droit civil*, de J.Ghestin T IV

P. Waquet

-*La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIè Siècle- Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, LGDJ 2001 p.514

ETUDES

-L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, 1751-1772

-Bull. trim. Dr. trav., 1^{er} trimestre, 2006

-*Droit des contrats*, Lamy, 2015, n°305-7.

-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

S. Becqué- Ickowicz

-JCl. Civil Code, Art 1165 Fasc.10

G. Blanc-Jouvan

-JCl. Travail traité, fasc. N°18-25 Clause de non-concurrence.

F. Bousez

-JCl. Travail, traité. Fasc. 2-48 n°129

M. Boyer

-Rep. Droit Civil Dalloz

J-F. Cesaro

-*Proposition pour le droit du renouvellement de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, Rapport au Gouvernement, 2016

A. Etienney

-JCl. Contrats Distribution, Fasc. N°176 Extinction du contrat-Effets

J-P. Gille

-Débats à l'Assemblée Nationale, 3^{ème} séance du 15 avril 2008

G. Guerlin

-Addendum Dalloz 2016, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sous, *Contrat et convention*.

M.Latina

-Rep. Civ., *La force obligatoire du contrat*.

P. Morvan

-JCl. Travail Traité Fasc. N°19-50

S.Sana-Chaillé de Néré

-JCl. Civil Code Traité, Fasc. 10, *Contrats et obligations*. – *Nullité ou rescision des conventions*. – *Généralités : nullité*

ARTICLES, NOTES

P. Adam

-*Harcèlement moral et action en responsabilité civile. Quelques observations sur l'arrêt Association propara*, RDT 2006. 245

-*Vie personnelle/ vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (Petit exercice de jardinage juridique)*, Dr. Ouvrier, Juillet 2013 n°780

P. Ancel

-*Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ 1999 p.771

-*L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat*, RDT 2016 p.240

P-H. Antonmattei

-*Les nouvelles frontières de la négociation collective*, Dr. soc. 2013 p.241

J-F Artz

-La suspension du contrat de travail à exécution successive, D. 1979 Chron. XV p.98

G. Auzero

-Co-emploi : en finir avec les approximations !, RDT 2016 p.27

-L'application du principe de l'égalité de traitement dans l'entreprise, Dr. Soc. 2006 p.822

A. Barège

-Quel avenir pour la résiliation judiciaire ?, JCP S 2014 p.1268

-L'action en résiliation judiciaire est morte, vive l'action en résiliation judiciaire ?, JCP S 2014 p.1409

-Portée de reclassement incombant à l'employeur, JCP S 2011 p.1440

F. Barrière

-JCP E 2015 p.1174

J. Barthélémy

- La loi prévoyance, JCP E 1990 n° I 3445

S. Béal

-Coemploi et groupes de sociétés : des liaisons apaisées ?, JCP E 2015 p.1105

J-M. Béraud

- L'influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 1980 p.151

G. Borenfreund

-Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne, Dr. soc. 2013 p.316

B. Bossu

-La dissimulation par le salarié de sa mise en examen peut constituer un acte de déloyauté, JCP S 2014 p.1461

B. Boubli

-Le recours à la main d'œuvre extérieure, Dr soc. 2009 p.806

S. Brissy

-Nécessité de vérifier si le salarié a pu assurer utilement sa défense, JCP S 2015 p.1005

L. Cailloux-Meurice

- *L'obligation de formation : une obligation de moyen à la charge du seul employeur*, JCP S 2013 p.1322

F. Canut

- *Le secteur géographique*, Dr. soc. 2011 p.923

J-F. Cesaro

- *Les accords de transfert des salariés*, Gaz. Pal. 1997 n°275 p.14

- *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique*, JCP S 2013 p.1081

- *Le principe d'égalité prohibe les distinctions conventionnelles mêmes non appliquées*, JCP S 2011 p.1243

- *La résiliation conventionnelle des contrats de travail*, Dr. Soc. 2011 p.640

- *Qualification. Principe d'égalité. Prise d'acte*, JCP S 2015 p.1383

- *Clause de non-concurrence : réfaction ou nullité, le salarié a seul le choix*, JCP S 2012 p.1005, obs. sous Cass. soc., 12 oct. 2011, pourvoi n° 09-43.155

- JCP S 2005 p.1318

E. Collomp

- *La vie personnelle au travail*, Dr. soc. 2010 p.40

G. Couturier

- *Les ruptures d'un commun accord*, Dr. Soc. 2008 p.923

- *Modification du contrat de travail. Refus. Licenciement pour motif économique. Obligation de reclassement. Exécution déloyale*. Dr Soc 2004 p.670

- *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, Dr. soc. 1988 p.407

L. Dauxerre

- *Une indemnité de repas ne peut pas être remplacée par des indemnités de panier et des titres restaurant*, JCP S 2015 p.82

G. Dedessus

- *Modification de la cadence de travail = changement des conditions de travail*, JCP S 2011 p.1003

P-H. D'Ornano

- *Modification du contrat de travail par réduction des responsabilités du salarié et cause exacte du licenciement*, JCP S 2011 p.1337

G. Duchange

-*Le juge, la convention collective et les fondements incertains du principe d'égalité de traitement*, JCP S 2014 p.1452

F. Dumont

-*Validité d'une clause de rupture du contrat de travail et prise d'acte*, JCP S 2013 p.1302

-*L'employeur doit répondre de l'appauvrissement des missions et responsabilités du salarié*, JCP S 2014 p.1376

-*Un avenant au contrat de travail peut prévoir une modification temporaire des attributions du salarié*, JCP S 2012 p.1356

-*La prise d'acte sous l'empire du temps*, JCP S 2014 p.1302

P. Durant

-*A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944, I, 387

A. Fabre

-*Certains changements d'horaires, même temporaires, peuvent constituer une modification du contrat de travail*, Dr. soc. 2013 p.1053

-*Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ?*, Semaine sociale Lamy 2014 n°1640

B. Fages

-RTD Civ 2009 p.529

F. Favennec-Héry

-*Le reclassement : une mutation en cours*, Dr Soc 2011 p.402

F. Fouilland

-JCP S 2014 p.1084

J-Y. Frouin

-*Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail*, JCP S 2008 p.1407

-*Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S 2010 p.1088

E. Gounot

-Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris, 1912, p.343

B. Inès

-Changement d'employeur : pas d'acceptation tacite, D. 2009 p.1282

A. Jeammaud

-Du principe d'égalité de traitement des salariés, Dr. soc. 2004 p.694

-L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, Dr. soc. 2001 p.227

-De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail, RDT 2016 p.228

E. Jeansen

-La rupture amiable planifiée, JCP S 2015 p.1262

-Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ?, RDT 2016 p.222

P. Laigre

- La loi prévoyance, JCP E 1990 n° I 3445

C. Lachière

-L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat, D. 2000 p.184

N. Léger

-L'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail, JCP S 2010 p.476

-Clause de non-concurrence plus contraignante que la convention collective : rappel de la hiérarchie des normes, JCP S 2011 p.402

G. Loiseau

-Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, JCP S 2015 p.1468

-Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle, JCP S 2014 p.1311

-Le coemploi : une compétence réservée au juge judiciaire ?, JCP S 2015 p.1414

-La rupture conventionnelle, indépendante et exclusive, JCP S 2014 p.1436

-Clause de non-concurrence : la contrepartie financière ne peut être déterminée par le juge, JCP S 2012 p.1329

-Les accords de maintien dans l'emploi, JCP S 2013 p.1260

P. Lokiec

- Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007 p.321
- Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.38
- Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.38
- Flexibilité et contrat de travail*, JCP E 2013 p.224
- P.Lokiec *La modification du contrat de travail*, RDT 2006 p.76

P. Mallard

- Le licenciement en période d'essai ?*, Dr. Soc. 2006 p.1157

A. Martinon

- Responsabilité pécuniaire du salarié : peu importe le contrat*, JCP S 2011 p.1416
- JCP S 2010 p.1201

A. Mazeaud

- Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société*, Dr.soc. 2010 p.738
- L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail*, Dr. soc. 2009 p.813
- Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société*, Dr.soc. 2010
- Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*. Dr. soc. 2004 p.77
- Contractuel mais disciplinaire*, Dr. soc. 2003 p.164
- Modification du contrat de travail. Rétrogradation. Sanction disciplinaire. Défaut d'accord du salarié*, Dr Soc 2003 p.666
- Dr. soc. 2007 p.108-109
- Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle*, Dr. Soc. 2004 p.77

S. Miara

- La rupture conventionnelle est le seul mode (ou presque) de rupture amiable du contrat*, JCP S 2014 p.390

C. Millet-Ursin

- Enjeux en matière de rémunération*, JCP S 2010 p.1321

M. Miné

- Rythme de travail. Modification. Modification du contrat de travail (non). Modification des conditions de travail (oui)*, Dr. Soc. 2011 p.333

N. Moizard

-*Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise*, Dr. soc. 2008 p.693

M. Morand

-*Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail*, Dr. soc. 2009 p.900

P. Morvan

-*Transfert d'entreprise et modification du contrat de travail pour motif économique*, JCP S 2009 p.1339

J. Mouly

-*De la relativité de la distinction entre la faute disciplinaire et l'insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2014 p.381

-*Contrats de travail successifs. Maintien abusif d'une clause d'essai*. Dr. soc. 2000 p.552

-*Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D.2006 p.2756

-Dr. soc. 2002 p.1152

-*Modification du contrat. Refus de la modification. Refus de l'employeur de rétablir le salarié dans son ancien emploi. Violation de l'obligation de loyauté. Licenciement disciplinaire pour faute lourde. Impossibilité de l'employeur de se prévaloir du comportement fautif du salarié postérieur à son refus*, Dr. soc. 2004 p.1038

-*Qualification professionnelle et fonctions réellement exercées : quelques précisions*, Dr. Soc. 2014, p.959

-*La survie de la clause de non-concurrence en dépit de la disparition de l'entreprise*, Dr. soc. 2015 p.374

-Dr. soc. 2014 p.288

-*Il y a vacances... et vacances : le rattachement à la vie professionnelle d'un séjour d'agrément organisé par l'entreprise*, Dr. soc. 2014 p.1064

-*La clause prévoyant la rupture du contrat de travail en cas de retrait du permis de conduire du salarié ne peut justifier un licenciement*, Dr. soc. 2014 p.479

-*Vers une résurrection de la jurisprudence Le Berre ?*, Dr. soc. 2016 p.27

-*La confirmation de la conception extensive du non-cumul des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 2013 p.955

-*Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement*, Dr. soc. 2014 p.385

-*La prise d'acte : un mode de rupture à préserver*, Dr. soc. 2014 p.821

S. Néron

-*La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale*, JCP S 2011 p.1021

Y. Pagnerre

-*De la fictivité comme critère du coemploi : "certes mais pas que..."*, RDT 2016 p.176

-*Coemployeur, tiers ou partie au contrat de travail*, JCP S 2015 p.1436

-*Spécificités de la mise à disposition d'un salarié auprès d'une filiale étrangère*, JCP S 2011 p.1257

T. Passerone

-*Portée de la référence contractuelle à une stipulation conventionnelle*, JCP S 2014 p.1491

L-F. Pignarre

-*Vers la reconnaissance d'une obligation de praestare dans le contrat de travail*, D. 2001 p.3547

C. Radé

-*Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, Dr. soc. 2006. p.826

-*Contrat de travail. Secteur géographique. Affectation exceptionnelle. Conditions*, Dr. Soc. 2010 p.470

-*Clause de mobilité. Objet. Définition précise. Clause de modification. Inefficacité*, Dr. Soc. 2009 p.112

-*La révision judiciaire des clauses excessives*, RDC 2003 p.151

-*Contrat de travail. Obligations de l'employeur. Obligation de fournir le travail convenu*, Dr. soc. 2011 p.95

J-E. Ray

-*Une relégitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte*, Dr. soc. 2014 p.397

-*Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?*, Dr. social 2011 p.909

T. Revêt

-*L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992 p.859

P. Rozec

-*Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail*, JCP S 2016 p.1152

Y. Saint-Jour

- *L'article 11 de la loi Evin s'applique aux salariés dont les contrats ont été repris à l'occasion d'une absorption*, JCP E 1996 n°II 22693

J. Savatier

- *Contrat de travail. Lieu de travail. Portée des mentions du contrat. Distinction de la modification du contrat et de la modification des conditions de travail*, Dr. Soc. 2003 p.884
- *A propos de l'inaptitude physique à l'emploi apparue au cours du contrat de travail*, Dr. Soc 2009 p. 1190
- *Contrat de travail. Obligation de garantie à la charge de l'employeur à raison des actes professionnels du salarié*, Dr. soc. 2007 p.103
- *Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle*, Dr. soc. 2003 p.625
- *Contrat de travail. Obligation d'exécution de bonne foi. Violation justifiant la résiliation judiciaire demandée par le salarié*, Dr. soc. 2006 p.803

Y. Serra

- *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002 p.2491

J. Siro

- *Validité d'une clause contractuelle de conscience, confirmation*, D. Actualité, 14 mai 2014 p.14

A. Supiot

- *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992 p.215

C. Terrenoir

- *Coemploi et groupes de sociétés : des liaisons apaisées ?*, JCP E 2015 p.1105

B. Teyssié

- JCP CI 1979, I, 7708, p.112, n°3
- *A propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail*, JCP E 1985 n° 33 act.14690
- *L'entreprise et le droit du travail*, Arch. phil. Droit 41 1997 n°4

G. Vachet

- *Intégration d'une prime au salaire de base*, JCP S 2014 p.1070

S. Van Der Vlist

-*Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement*, JCP S 2015 p.1055

R. Vatinet

-*Le mutuus Dissensus*, RTD Civ 987 p.254

-*Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc. 2002 p.949

-*Bibliographie en droit du travail*, Dr. soc. 1992 p.1009

-*L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail*, JCP S 2016 p.1151

P-Y. Verkindt

-*Recherche de reclassement du salarié inapte : sur qui pèse la charge de la preuve ?*, JCP S 2010 p.1128

G. Waquet

- *Droit disciplinaire. Sanction. Notion*, Dr. soc. 2006 p.460

- *Réflexions sur le droit disciplinaire en général et sur la faute grave en particulier*, Dr. soc. 2009 p.1177

INDEX ALPHABETIQUE (n°)

A

A travail égal, salaire égal : 118s.
Accords atypiques : 385, 386, 411.
Accords collectifs : 367s.
Accords de rupture : 132, 133, 139s., 173.
Accords de mobilité interne : 419, 420.
Acte unilatéral de l'employeur : 385, 386, 411.
Aptitude : 359.
Autonomie de la volonté : 40s.

B

Bonne foi contractuelle : 266, 294s.
Bulletin de paie : 65.

C

Cause réelle et sérieuse :

- Cause économique : 163.
- Cause réelle et sérieuse : 156, 160, 162.

Cessation d'activité : 164s.
Changement d'employeur : 70, 71, 72.
Clauses :

- Contractuelles : 190.
- Dédit-formation : 167.
- Exclusivité : 111.
- Maintien des avantages acquis : 388s.
- Mobilité : 209, 257.
- Non-concurrence : 111, 274s.
- Objectifs : 207.
- Rémunération : 191, 206.
- Résolutoire : 167s.
- De variation : 203, 204, 206, 207.

Clause de mobilité :

- Mise en œuvre : 257, 299, 309.
- Refus du salarié : 257, 324.
- Validité : 209.

Clause de non-concurrence :

- Conditions de validité : 274s.
- Contrepartie pécuniaire : 276.
- Intérêts légitime de l'entreprise : 274.
- Nature : 271, 272.
- Réduction : 248, 249.
- Renonciation : 277.
- Sanction du salarié : 277.

Coemployeurs : 84s.

Collectivité de travail : 101, 256, 366.

Conditions de travail : 257, 378.

Conflits de normes : 405s.

Congés : 360s.

Contrat à durée déterminée :

- Ecrit : 66.
- Mentions obligatoires : 66.
- Rupture : 171s.

Convention collective :

- Effet automatique : 416s.
- Effet immédiat : 382.
- Effet impératif : 408, 409.

D

Délégation de pouvoir : 195.

Démission :

- Définition : 150.
- Limites : 152, 154.
- Prise d'acte : 157.
- Requalification : 157.

Départs volontaires : 139s.

Détachement : 66, 99, 100, 268.

Discipline : 312s.

Discrétion : 266.

Discrimination : 334.

Droit de résiliation unilatéral du contrat de travail : 145s.

Droits fondamentaux : 307, 308, 309.

E

Effectifs : 101.

Egalité de traitement : 118s.

Essai : 178, 179.
Evaluation : 261.
Exception d'inexécution : 354s.

F

Faute de l'employeur :

- Inexcusable : 339.
- Cessation d'activité : 165.

Faute du salarié :

- Degrés : 321s.
- Disciplinaire : 319.
- Preuve : 303.
- Prescription : 334.
- Professionnelle : 317.
- Qualification : 320.

Faute grave : 324.

Faute lourde : 325.

Flexibilité : 419, 420.

Formation professionnelle : 239s.

Frais professionnels : 257.

G

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 140, 141, 339.

Grève : 362, 363.

H

Hygiène et sécurité : 252s.

I

Inaptitude : 172, 229, 230, 359.

Incorporation : 369s.

Insuffisance professionnelle : 317.

Interprétation : 243s.

L

Liberté d'entreprendre : 163s.

Liberté d'expression : 296.

Libertés individuelles : 307, 308, 309.

Licenciement : 159s.

Licenciement pour motif économique : 163.

Licenciement pour motif personnel : 156, 160, 162.

Lieu de travail :

- Clauses du contrat : 199.

- Mention informative : 199, 209.
- Secteur géographique : 200, 201, 209.

Loyauté : 266.

M

Maintien dans l'emploi : 419s.

Mise à disposition : 66, 99, 101.

Mise à pied : 331.

Modification des conditions de travail : 257, 280, 378.

Modification du contrat : 57, 58, 280, 394.

Modification du contrat de travail :

- Acceptation expresse : 184, 214.
- Accord de maintien dans l'emploi : 419, 420.
- Accord de mobilité interne : 419, 420.
- Changement des conditions de travail : 87, 188, 257.
- Lieu de travail : 199, 209.
- Refus : 215.
- Rémunération : 191s.
- Rupture du contrat : 220.
- Sanction du salarié : 220.
- Sphère contractuelle : 190s.
- Temps de travail : 197, 198, 201.
- Unilatérale : 184.

Mutation : 69.

N

Novation : 71.

O

Obligation : 52, 53, 55.

Obligation d'adaptation : 239.

Obligation de fournir du travail au salarié : 264.

Obligation de maintien des capacités professionnelles : 239.

Obligation de prévention : 254.

Obligation de sécurité de résultat : 252s.

Opposabilité du contrat : 109s.

P

Pouvoirs :

- Contrat (et) : 187, 188.
- De direction : 256s.
- Théorie contractuelle : 252.
- Théorie de l'institution : 251.

Pouvoir de contrôle : 258s., 302.

Pouvoir de direction : 256s., 301.

Pouvoir disciplinaire :

- Faute : 321s.
- Fondement : 314, 315.
- Protection du salarié : 333, 334.
- Sanctions disciplinaires : 320.
- Vie privée et vie professionnelle : 286s.

Préavis : 177.

Prévoyance : 398, 399.

Primes : 191, 192.

Principe de faveur : 412s., 421.

Principe majoritaire : 383, 422.

Prise d'acte :

- Concours avec d'autres modes de rupture : 344.
- Définition : 156, 345, 346.
- Démission : 157.
- Effets : 347.
- Par le salarié : 345s.
- Régime prétorien : 345, 348s.
- Résiliation judiciaire (et) : 344.

Procédure disciplinaire : 333, 334.

Procédure de licenciement : 334.

Q

Qualification professionnelle : 194, 195.

R

Reclassement du salarié : 224s., 362.

Règlement intérieur : 410.

Réintégration : 344.

Rémunération :

- Individualisation : v. égalité de traitement.
- Natures : 191.
- Objectifs : 207.

- Salaire : 191, 192.

Répartition du temps de travail : 197, 198, 210, 257, 378.

Requalification du contrat de travail : 48, 80s., 242s.

Résiliation judiciaire : 343s.

Responsabilité du commettant : 114, 115.

Responsabilité du salarié : 114, 115.

Révision pour imprévision : 45, 250.

Ruptures conventionnelles : 132s.

Ruptures du contrat de travail : 123s.

Rupture d'un commun accord : 132, 133, 139s., 173.

S

Salaires : 191, 192.

Salariés protégés :

- Changement des conditions de travail : 324.

Sanctions disciplinaires :

- Individualisation : 334.
- Qualification : 320, 330, 331, 332.
- Proportionnalité : 334.
- Procédure disciplinaire : 333, 334.

Sanctions pécuniaires : 334.

Santé et sécurité au travail :

- Obligation de prévention : 254.
- Obligation de résultat : 252s.

Sous-traitance : 99, 100, 101, 105.

Statut collectif : 367s.

Subordination : 220, 250s.

Suspension du contrat de travail :

- Causes : 358s., 425
- Définition : 363s.

T**Temps de travail :**

- Horaires : 198.
- Modulation : 378.

Théorie contractuelle : 251s.

Théorie de l'institution : 251s.

Transaction : 135.

Transfert d'entreprise : 74s.

Transfert conventionnel : 70, 71, 72.

Travail à temps partiel : 210.

V

Vie personnelle : 284, 286s.

Vie privée : 306.

Vie professionnelle : 283s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	7
I. Le contrat de travail	8
A) Définition terminologique	8
1- Le travail.....	8
2- Le contrat de travail.....	9
B) Définition historique	10
II. La force obligatoire.....	12
A) La définition terminologique.....	12
1- La force.....	12
2- L'obligatoire	13
3- La force obligatoire	14
B) La définition historique	15
III. La force obligatoire du contrat de travail.....	17
A) Autour du contrat	17
B) Autour de l'entreprise.....	19
PARTIE I : L'IDENTIFICATION DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL	22
Chapitre I : Le domaine de la force obligatoire du contrat de travail	23
Section I : Le domaine matériel de la force obligatoire du contrat de travail	23
Sous-Section I : Les fondements de la force obligatoire du contrat.....	24
§1. Le fondement contextuel de la force obligatoire du contrat	24
I. L'autonomie de la volonté	24
II. L'interdépendance des volontés.....	26
§2. Le fondement textuel de la force obligatoire du contrat	28
Sous-Section II : Les appréciations de la force obligatoire du contrat.....	30
§1. De lege lata	30
I. La force obligatoire et la création du droit contractuel.....	31
II. La force obligatoire et l'exécution des droits contractuels	33
§2. De lege ferenda	34
Section II : Le domaine personnel de la force obligatoire du contrat de travail.....	36

Sous-section I : Le périmètre de la force obligatoire du contrat de travail	37
§1. L'identification des parties	37
I. Le critère formel.....	37
A) La conclusion du contrat	37
B) La circulation du contrat	39
1- La circulation du contrat à titre principal	39
a- La rupture du contrat.....	39
b- La continuité du contrat	40
2- La circulation du contrat à titre accessoire	43
II. Le critère réel	46
A) La recherche de l'employeur	46
B) La recherche des employeurs	47
1- Les conditions de la qualification du coemploi	47
a- Le coemploi fautif.....	47
b- Le coemploi non fautif.....	49
i- Le coemploi juridique	49
ii- Le coemploi économique	49
2- Les effets de la qualification du coemploi.....	51
a- Le coemployeur, partie au contrat de travail	51
b- Le coemployeur, débiteur des obligations contractuelles	53
§2. L'identification des tiers	54
I. Le tiers au contrat de travail.....	54
II. Le tiers partie à la relation de travail.....	55
Sous-section II : Le rayonnement de la force obligatoire du contrat de travail.....	56
§1. L'invocabilité du contrat de travail.....	57
I. Nuire aux tiers.....	57
II. Profiter aux tiers.....	58
§2. L'opposabilité du contrat de travail	58
I. L'opposabilité du contrat aux tiers	58
II. L'opposabilité du contrat par les tiers.....	61
A) L'opposabilité d'un fait.....	61
B) L'opposabilité d'un droit.....	63
Chapitre II : Le contenu de la force obligatoire du contrat de travail	66

Section I : La révocabilité du contrat de travail.....	66
Sous-section I : Le principe du consentement mutuel.....	66
§1. L'irrévocabilité unilatérale du contrat de travail.....	66
I. La force obligatoire comme fondement de l'irrévocabilité unilatérale du contrat	67
II. La portée de la force obligatoire comme fondement de l'irrévocabilité unilatérale du contrat.....	68
§2. La révocabilité du contrat de travail par consentement mutuel	69
I. La rupture conventionnelle	69
A) La nature de la rupture conventionnelle	70
B) Le régime de la rupture conventionnelle.....	72
II. La rupture amiable	74
A) La rupture amiable du contrat de travail à durée déterminée	74
B) La rupture amiable du contrat de travail à durée indéterminée	75
Sous-section II : Le développement de l'unilatéralisme	77
§1. Le droit à l'unilatéralisme	77
I. La rupture du contrat à durée indéterminée	78
A) Les causes autorisées par la loi	78
1- Le droit du salarié	78
a- L'initiative de la rupture unilatérale.....	78
i- Le droit fondamental	78
ii- Les restrictions au droit	79
b- L'imputabilité de la rupture	81
2- Le droit de l'employeur	82
a- Le droit de rompre le contrat de travail.....	82
b- La restriction du droit de l'employeur de rompre le contrat de travail	84
i- La restriction du droit de rompre le contrat de travail	84
ii- La restriction du droit de cesser son activité	85
B) Les causes autorisées par la loi des parties	87
II. La rupture du contrat à durée déterminée	89
A) Les causes autorisées par la loi	89
B) Les causes autorisées par la loi des parties	91
§2. Les modalités d'exercice du droit à l'unilatéralisme	92
I. La durée de la rupture	92
II. Le temps de la rupture.....	93

Section II : La modification du contrat de travail.....	95
Sous-Section I : La modification par les parties.....	95
§1. L'identification de la modification	96
I. La nature de la modification	96
II. Le domaine de la modification.....	97
A) Le pouvoir	97
B) Le contrat.....	98
1- Les clauses contractuelles.....	98
a- La rémunération	99
b- La prestation.....	100
i- La nature de la prestation	100
ii- Les modalités d'exercice de la prestation	101
α. La prestation dans le temps.....	101
β. La prestation dans l'espace	102
2- Les clauses contractualisant.....	105
a- Les clauses potestatives	105
b- Les clauses objectives	106
i- La rémunération	106
ii- La prestation.....	108
§2. Le régime de la modification	109
I. La modification spontanée	110
A) La modification de droit commun du contrat de travail.....	110
B) La modification du contrat de travail pour motif économique.....	111
II. La modification forcée	112
A) La modification subordonnée.....	113
B) La modification circonstanciée	114
1- La prise en compte de la contingence.....	114
a- La nature du reclassement.....	115
b- Le régime du reclassement.....	117
i- La prise en compte de la situation du salarié	117
ii- La prise en compte de la situation de l'entreprise.....	119
2- La prise en compte de la nécessité.....	121
a- L'obligation de l'employeur	121

b- Le droit du salarié	123
Sous-section II : La modification par le juge	124
§1. L'interprétation de la volonté des parties.....	124
§2. L'altération de la volonté des parties	127
I. L'altération correctrice.....	127
A) La réfaction	128
B) La révision.....	129
II. L'altération créatrice	130
A) L'obligation de sécurité de résultat	130
1- La découverte de l'obligation de sécurité.....	130
2- Le fondement de l'obligation de sécurité	132
B) L'obligation de garantie	134
PARTIE II : LA PORTEE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL	136
Chapitre I : La portée individuelle de la force obligatoire du contrat de travail	137
Section I : L'exécution du contrat de travail	137
Sous-section I : Le contrat source des obligations	137
§1. Les obligations contractuelles	137
I. Les obligations de l'employeur.....	138
II. Les obligations du salarié.....	139
A) La prestation	139
B) La subordination.....	139
1- Le fondement de l'obligation de subordination.....	140
a- Le pouvoir sur la personne.....	140
b- Le pouvoir sur la collectivité	142
2- Le contenu de l'obligation de subordination	144
a- Le pouvoir de direction de l'employeur.....	145
b- Le pouvoir de contrôle de l'employeur.....	147
i- Le contrôle des biens.....	147
ii- Le contrôle des personnes	149
§2. Les obligations post-contractuelles	151
I. Les obligations post-contractuelles inhérentes au contrat de travail.....	151

A) L'obligation post-contractuelle de loyauté.....	152
B) L'obligation post-contractuelle de rapatriement	152
II. Les obligations post-contractuelles prévues par le contrat de travail	154
A) La nature de la clause de non-concurrence	154
B) Le régime de la clause de non-concurrence	156
1- Les conditions de validité de la clause de non-concurrence.....	156
2- Les effets de la clause de non-concurrence	157
Sous-section II : Le contrat limite des obligations	159
§1. Le respect de l'intégrité du contrat	159
§2. Le respect des frontières du contrat	159
I. La qualification de l'exécution du contrat	160
A) Vie professionnelle.....	160
B) Vie professionnelle et vie personnelle.....	161
1- L'impact de la vie professionnelle sur la vie personnelle.....	161
2- L'impact de la vie personnelle sur la vie professionnelle	164
II. Le régime de l'exécution du contrat	166
A) Le respect de l'employeur	167
B) Le respect du salarié.....	168
1- Le respect du salarié dans le travail.....	168
a- La loyauté.....	169
b- L'équité	170
2- Le respect du salarié au travail	172
a- Le respect des droits.....	173
b- Les restrictions des droits.....	174
Section II : L'inexécution du contrat de travail	176
Sous-section I : L'inexécution sanctionnée	176
§1. Le pouvoir de l'employeur.....	176
I. Le fondement du pouvoir de l'employeur.....	176
A) Le fondement textuel.....	177
B) Le fondement factuel.....	178
1- L'inexécution non fautive.....	178
2- L'inexécution fautive.....	179
a- La qualification de la faute contractuelle	179

b- La typologie des fautes contractuelles	180
II. Le contenu du pouvoir de l'employeur	183
A) L'action	183
B) La sanction	184
1- L'exercice du pouvoir de sanction.....	184
2- Les garanties attachées à l'exercice du pouvoir de sanction	186
2§. Le contre-pouvoir du salarié.....	189
I. La persistance du contrat.....	189
A) L'exécution.....	189
B) La condamnation	190
II. La rupture du contrat.....	192
A) Les modes de rupture du contrat	192
1- La résiliation judiciaire	192
2- La rupture unilatérale.....	193
B) La justification de la rupture du contrat	195
Sous-section II : L'inexécution tolérée.....	197
§1. Les tolérances.....	197
I. L'inexécution sanction de la force obligatoire du contrat de travail.....	198
II. L'inexécution violation de la force obligatoire du contrat de travail.....	200
A) Les inexécutions casuelles	200
B) Les inexécutions potestatives	202
§2. Les inexécutions.....	204
Chapitre II : La portée collective de la force obligatoire du contrat de travail	207
Section I : De lege lata.....	207
Sous-Section I : L'incorporation des normes collectives dans les normes individuelles...	207
§1. L'incorporation dans la norme individuelle.....	208
I. La non-incorporation du statut collectif dans le contrat de travail	208
A) L'autonomie du contrat de travail	208
B) L'intégrité du contrat de travail.....	209
1- La modification du contrat de travail par les tiers	209
2- La modification du contrat de travail par les parties	211
II. L'incorporation exceptionnelle du statut collectif dans le contrat de travail.....	213
A) L'incorporation contrainte.....	213

1-	L'incorporation automatique	213
a-	L'impérieux motif d'intérêt général.....	213
b-	L'impérieuse protection des salariés.....	214
i-	Les sources unilatérales	214
ii-	Les sources conventionnelles	215
α -	La définition des avantages individuel acquis.....	215
β -	L'incorporation des avantages individuels acquis.....	217
2-	L'incorporation judiciaire.....	218
B)	L'incorporation consentie.....	219
1-	Le droit du travail	219
2-	Le droit de la protection sociale	220
§2.	L'incorporation dans les obligations contractuelles.....	221
I.	Le régime de l'exécution du statut collectif.....	222
II.	Le fondement de l'exécution du statut collectif.....	223
Sous-Section II : L'articulation des normes collectives et des normes individuelles.....		224
§1.	La force des normes en droit du travail	225
I.	Le principe hiérarchique	225
A)	Contrat de travail et norme conventionnelle	225
B)	Contrat de travail et normes unilatérales	226
II.	Le principe de faveur	227
§2.	La force du contrat de travail	229
I.	La substitution des clauses contractuelles.....	229
A)	La substitution automatique	229
B)	La substitution consentie	231
1-	Le contenu du mécanisme de substitution consentie.....	231
2-	Le fondement du mécanisme de substitution consentie	233
II.	Les effets de la substitution des clauses contractuelles	234
A)	La suspension des clauses contractuelles	234
B)	La révocation du contrat.....	235
Section II : De lege ferenda		237
Sous-section I : La remise en cause de la force obligatoire du contrat de travail		237
§1.	Le fondement de la réforme	237
§2.	Le contenu de la réforme	239

I. La soumission du contrat de travail	239
II. La révocation du contrat de travail	241
Sous-section II : La revalorisation de la force obligatoire du contrat de travail	242
CONCLUSION GENERALE	244